Schierlitz cand. jur.

Mayerhofer cand. juris 1822

J. rom. com.

12 fb

Arndts

Lehrbuch

der

Pandekten

von

Dr. Ludwig Arndts

k. k. Regierungsrath und ordentlichem Professor an der k. k. Universität zu Wien, Ritter des k. b. Verdienstordens vom heil. Michael 1. Klasse.

Vierte Auflage.

München.

Literarisch-artistische Anstalt

der J. G. Cotta'schen Buchhandlung.

1861.

Buchdruckerei der J. G. Cotta'schen Buchhandlung in Stuttgart und Augsburg.

Dem großen Rechtslehrer

Friedrich Carl von Savigny

zum Andenken an dessen Jubeltag

den 31. October 1850

ehrfurchtsvoll und dankbar

gewidmet.

Vorwort zur ersten Auflage.

Die erste Abtheilung dieses Lehrbuchs erschien zu der Zeit, als die deutsche Rechtswissenschaft ihren schönsten Ehrentag feierte, Savigny's fünfzigjähriges Jubelfest. Nichts natürlicher als der Wunsch, dem Andenken dieses Tags das Buch zu widmen. Aber ein Bruchstück war dazu nicht geeignet. Daher habe ich vorerst nur bei Ueberreichung der ersten Abtheilung den verehrten Jubelgreis gebeten, das vollendete Werk demnächst ihm widmen zu dürfen. Diese Bitte wurde in freundlichster Weise gewährt, und so bin ich denn berechtigt, jetzt noch, fast zwei Jahre nach dem Feste, dieses Buch mit vorstehendem Blatte der Erinnerung zu zieren. Möchte es dieser Zierde würdig befunden werden! Möchte, wie jenes Blatt ausspricht, daß ich ein dankbarer, so das Buch selbst beweisen, daß ich kein unwürdiger Schüler des großen Lehrers bin!

Was die Entstehung des Buches betrifft, so wiederhole ich aus dem Vorworte, welches die erste Abtheilung begleitete: „Bei dem Reichthum unserer Litteratur an Büchern dieser Art weiß ich zu meiner Rechtfertigung oder, wenn man will, Entschuldigung nichts anderes anzuführen, als daß ich schon lange den Wunsch hegte und das Bedürfniß fühlte, meinen Zuhörern ein von mir selbst entworfenes Lehrbuch als Leitfaden bei meinen Vorlesungen in die Hand zu geben. Ich hatte daher schon vor dem Jahre 1844 den Anfang zu dessen Ausarbeitung gemacht, die aber zuerst wegen meiner Berufung zur Gesetzcommission (1844...1847), sodann in Folge der politischen Bewegungen (1848...1849) liegen blieb, bis mich die Rückkehr zu friedlicher akademischer Thätigkeit dieselbe wieder aufzunehmen veranlaßte."

Man kann die Vortrefflichkeit z. B. der Pandekten von G. F. Puchta vollkommen anerkennen, wie ich gern bekenne, daß vorzüglich ihnen dieses Buch, wenn etwas Gutes an ihm ist, viel zu

danken hat, und der Kundige wird es doch leicht erklärlich finden, wie sich ein Lehrer des Pandektenrechts, trotz wohlbegründeter Besorgniß, einen solchen Vorgänger nicht erreichen zu können, dennoch versucht finden kann, mit einem Buche gleicher Art hervorzutreten, und wäre es auch zumeist deßhalb, weil ihm einzelne Eigenthümlichkeiten des Systems unbequem sind. Ich bin indessen während der in einzelnen Abtheilungen fortschreitenden Ausarbeitung so glücklich gewesen, mehrfach durch freundliches Urtheil bewährter Männer ermuntert zu werden; auch ein Studirender fand sich nach Erscheinen der ersten Abtheilung bewogen, mir in anonymem Briefe aus Heidelberg Dank und Beifall auszudrücken, was ich als ein mir besonders erfreuliches Zeichen, daß ich kein ganz überflüssiges Werk unternommen, und zugleich zur Antwort auf die freundliche Zuschrift des mir unbekannten Jüngers der Rechtswissenschaft hier zu erwähnen mir nicht versagen mag.

Die Vollendung des Buches hat wider mein Erwarten einen Zeitraum von mehr als zwei Jahren in Anspruch genommen, und die ganze dritte Abtheilung nebst einem Theil der zweiten habe ich, um nicht die der Verlagshandlung gegebene Zusage zu arg zu verletzen, unter schwerer häuslicher Sorge und Bedrängniß, zugleich von anderweitiger Berufsthätigkeit in Anspruch genommen, ausarbeiten müssen. Begreiflich hat dies manche Mängel, die sonst vielleicht vermieden wären, insbesondere wohl einige Ungleichmäßigkeit in der Behandlung der einzelnen Lehren zur Folge gehabt, um so mehr, als, nach einigem Stillstand in der Zeit der politischen Aufregung, seit 1850 wieder die civilistische Litteratur sehr ergiebige Bereicherung erhalten hat. So erschienen erst seitdem der erste Band von Savigny's Obligationenrecht, der erste Band der vermehrten sechsten Auflage von Vangerow's Leitfaden, die sorgfältig revidirte und vermehrte dritte Ausgabe von Seuffert's Pandektenrecht, Windscheid's Lehre von der Voraussetzung, Buchka's L. v. d. Stellvertretung, Girtanner's Bürgschaft, u. a. Werke, deren Bekanntschaft früher gemacht zu haben für mein Buch zuträglich gewesen wäre. Möge mir später Gelegenheit werden auf Beseitigung jener Mängel bedacht zu seyn!

Ich schreibe dieses in ländlicher Stille am Jahrestag des wilden Tobens einer politisch fanatisirten Menge, das, auch mich auf der Rednerbühne der Paulskirche mit Gefahr bedrohend, einem

blinden Wahne grausame Opfer brachte. Möge Weisheit und Kraft der Regierungen das Vaterland vor der Wiederkehr solcher Verwirrung und Barbarei bewahren und die Entwickelung seiner Zustände in der friedlichen Bahn des Rechts gedeihlich fortschreiten! Dann wird auch die Wissenschaft des Rechts ferner ihr Gedeihen finden, und darf ich hoffen, daß auch mir an deren Pflege einigen Antheil zu nehmen ferner vergönnt seyn werde.

Mühlfeld am Ammersee, d. 18. Sept. 1852.

Ludwig Arndts.

Vorwort zur zweiten Auflage.

Meine Hoffnung, daß ich in Ausarbeitung dieses Lehrbuchs kein überflüssiges Werk unternommen haben möchte, ist nicht getäuscht worden. Eine ausführliche öffentliche Beurtheilung desselben ist mir zwar nicht zur Kunde gekommen; wohl aber haben mehrere hochachtbare Gelehrte mir in erfreulicher Weise ihre Anerkennung brieflich ausgesprochen und zum Theil auch ihr Interesse für das Buch durch Mittheilung von Berichtigungen, wofür ich hiermit den verbindlichsten Dank sage, bethätigt; auch hat in neuester Zeit wiederum ein Rechtskandidat, von einer nordischen Hochschule her, sich bewogen gefunden, mir brieflich dankend zu erkennen zu geben, wie ihm mein Buch noch beim Schlusse seiner akademischen Studien gute Dienste geleistet habe. So ist denn früher, als ich hoffte, eine zweite Auflage nöthig geworden. Ich habe bei dieser die neuere Litteratur nach Möglichkeit berücksichtigt und kann sie als eine nicht unbedeutend vermehrte Auflage bezeichnen, obgleich wegen größerer Sparsamkeit des Drucks die Seitenzahl erheblich geringer ist, als die der ersten. In der systematischen Anordnung und Reihenfolge der §§. habe ich absichtlich, mit unbedeutender Ausnahme (§. 159. 160), jede Aenderung vermieden, weil mir solche bei einem Lehrbuche, das eben erst einige Gunst auch bei andern Lehrern sich zu erwerben im Begriffe steht, nicht unbedenklich erschien. Jeden Beitrag zu einer Verbesserung werde ich auch in Zukunft mit Dank aufnehmen.

München, den 3. Juli 1855.

Ludwig Arndts.

Vorwort zur dritten Auflage.

Auch diese Auflage könnte mit Recht als eine vermehrte bezeichnet werden. Neuere Litteratur hat zu manchen Aenderungen im Einzelnen und nicht unerheblichen Zusätzen Veranlassung geboten. Jene vollständig zu berücksichtigen oder gar das Buch einer durchgreifenden Ueberarbeitung zu unterziehen, war mir nicht möglich; Kraft und Zeit zur Arbeit war mir durch häusliche Trübsal zu sehr geschmälert, während andrerseits die Nachfrage zur Beschleunigung der neuen Auflage drängte. Einen, wie ich denke, willkommenen Zuwachs hat diese durch ein vollständigeres Register erhalten, das mein lieber Bruder, Justizrath Theodor Arndts in Berlin, anzufertigen die Güte gehabt hat. Leider hat auch ihm ein trauriges Familienereigniß eine Verzögerung der Arbeit verursacht, wodurch die Ausgabe des Ganzen einen kleinen Aufschub erlitten hat.

Wien, den 14. März 1859.

Ludwig Arndts.

Vorwort zur vierten Auflage.

Das Bedürfniß einer neuen Auflage hat sich diesmal so dringend herausgestellt, daß die Verlagshandlung sich ausbat, sofort einen unveränderten Abdruck der dritten Auflage veranstalten zu dürfen. Es sind daher nur die Berichtigungen und Zusätze der dritten Auflage am geeigneten Orte berücksichtigt worden, ohne sonst Abänderungen vorzunehmen. Neuere Litteratur ist im Anhang angegeben.

Wien, den 12. December 1860.

Ludwig Arndts.

Inhalt.

Seite

Einleitung.

I. Begriff des Pandektenrechts. §. 1. 1

II. Quellen des Pandektenrechts.

A. Verschiedene Classen derselben. 1) Römisches Recht. §. 2. . . 1
2) Canonisches Recht. §. 3. 3) Einheimisch deutsches Recht. §. 4.

B. Gebrauch der Quellen. §. 5. 1) Von der Auslegung des Inhalts der Rechtsquellen im Einzelnen. §. 6...9. 2) Auslegung der Quellen im Ganzen. §. 10...15. 6

III. Litteratur des Pandektenrechts. §. 16...20. 13

Erstes Buch.

Von den Rechten im Allgemeinen.

Erstes Capitel. Begriff und Eintheilung der Rechte.

I. Begriff des Rechts. §. 21. 21

II. Eintheilung der Rechte. 1) Nach ihrem Inhalt. §. 22. 2) Nach ihrem Verhältniß zum Recht im objectiven Sinn. §. 23. 22

Zweites Capitel. Von den Personen oder Subjecten der Rechte. §. 24. 25

I. Von den natürlichen Personen.

A. Daseyn derselben. 1) Anfang und Erfordernisse. §. 25. . . . 25
2) Ende der natürlichen Persönlichkeit. §. 26. 3) Insbesondere von der Priorität des Todes. §. 27.

B. Rechtsfähigkeit der natürlichen Personen. 1) Die römischen Status. §. 28. 2) Die bürgerliche Ehre. a) Begriff der Ehre. §. 29. b) Ehrenminderung. α) Nach römischem Recht. aa) Im Allgemeinen. §. 30. bb) Infamie. §. 31. cc) Turpitudo. §. 32. β) Heutige Anwendbarkeit des römischen Rechts. §. 33. 3) Einfluß des Religionsbekenntnisses auf die Rechtsfähigkeit. §. 34. 26

C. Andere juristisch bedeutende Eigenschaften und Zustände der Personen. 1) Geschlecht. §. 35. 2) Alter. §. 36. 3) Gesundheit. §. 37. 4) Verwandtschaft. a) Begriff und Arten. §. 38. b) Präsumtion der Verwandtschaft. §. 39. 5) Wohnsitz. §. 40. 35

II. Von den juristischen Personen.

A. Nähere Bestimmung des Begriffs. Arten. §. 41. 40

B. Von einzelnen Arten juristischer Personen insbesondere. 1) Gemeinheiten. Universitates. a) Wesen derselben. §. 42. b) Vertretung der Gemeinheit. §. 43. c) Entstehung von Gemeinheiten. §. 44. d) Aufhebung von Gemeinheiten. §. 45. 2) Stiftungen. §. 46. 40

Seite

3) Der Fiscus. §. 47.

Drittes Capitel. Von den Rechtsobjecten oder Sachen.

I. Juristischer Begriff der Sache. §. 48. 49

II. Rechtsfähigkeit der Sachen. §. 49. 51

III. Juristisch bedeutende natürliche Verschiedenheiten der Sachen.

A. Beweglichkeit und Unbeweglichkeit. §. 50. 52

B. Vertretbarkeit. §. 51. 53

C. Verbrauchbarkeit. §. 52. 54

D. Theilbarkeit. §. 53. 54

IV. Verhältniß zu andern Sachen. 1) Pertinenzen. §. 54. 2) Früchte. §. 55. 56

Viertes Capitel. Von Entstehung und Endigung der Rechte.

I. Von Entstehung der Rechte im Allgemeinen. §. 56. 58

II. Von Endigung der Rechte im Allgemeinen. §. 57. 60

III. Von Handlungen in Beziehung auf Entstehung und Endigung von Rechten.

A. Begriff und Arten. §. 58. 62

B. Erforderniſſe der Handlungen. 1) Handlungsfähigkeit. §. 59. 2) Willensbestimmung. a) Wesen derselben. §. 60. b) Mängel der Willensbestimmung. α) Zwang. §. 61. β) Irrthum. §. 62. 62

C. Von Rechtsgeschäften insbesondere. 1) Begriff und Haupteintheilung. §. 63. 2) Erforderniſſe der Rechtsgeschäfte. §. 64. 3) Inhalt der Rechtsgeschäfte. §. 65. 4) Insbesondere von Nebenbestimmungen bei Rechtsgeschäften. a) Bedingungen. α) Begriff. §. 66. β) Arten der Bedingung. §. 67. γ) Zuläſſigkeit der Bedingungen. §. 68. δ) Erfüllung der Bedingung. §. 69. ε) Wirkung der Bedingung. aa) Pendente und deficiente conditione. §. 70. bb) Wirkung der Erfüllung. §. 71. ζ) Insbesondere von unmöglichen Bedingungen. §. 72. b) Zeitbestimmung. §. 73. c) Modus. §. 74. 5) Auslegung der Rechtsgeschäfte. §. 75. 6) Wirkung der Rechtsgeschäfte, insbesondere in Beziehung auf dritte Personen. §. 76...78. 7) Von der Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte. §. 79. 8) Insbesondere von Schenkungen. a) Begriff. §. 80. b) Erforderniſſe der Schenkung unter Lebenden. §. 81. c) Wirkung der Schenkung. §. 82. d) Besondere Arten der Schenkung. §. 83. 67

D. Von unerlaubten Handlungen insbesondere. 1) Ueberhaupt. §. 84. 2) Von der Schuld bei widerrechtlichen Handlungen. a) Begriff und Art der Schuld. §. 85. b) Grade der Culpa. §. 86. 107

IV. Von der Zeit in ihrer Beziehung auf Entstehung und Endigung von Rechten. 1) Vom Einfluß der Zeit auf Rechtsverhältniſſe im Allgemeinen. §. 87. 2) Zeiteintheilung. §. 88. 3) Berechnung von Zeiträumen. a) Civilcomputation. §. 89. b) Utile tempus. §. 90. 4) Unvordenkliche Zeit. §. 91. 113

Fünftes Capitel. Ausübung und Schutz der Rechte.

I. Ausübung der Rechte. §. 92. 123

II. Sicherung der Rechte. §. 93. 124

III. Selbsthülfe. §. 94. 127

IV. Gerichtliche Geltendmachung der Rechte. §. 95. 129

A. Von Klagen und Einreden. 1) Begriff und Voraussetzungen der Klagen. §. 96. 2) Arten der Klagen. a) Dingliche und persönliche 129

Seite
Klagen. §. 97. b) Ersatzklagen und Strafklagen. §. 98. c) Einseitige und doppelseitige Klagen. §. 99. d) Historisch bedeutende Eintheilung der Klagen. §. 100. 3) Von Einreden und Gegeneinreden. a) Begriff. §. 101. b) Gründe und Arten der Einreden. §. 102. 4) Aufhebung der Klagen und Einreden. §. 103. a) Tod einer Partei. §. 104. b) Concurrenz der Klagen. §. 105. c) Verjährung. α) Grund und Ursprung der Klagenverjährung. §. 106. β) Erfordernisse der Klagenverjährung. aa) Beginn der Verjährungszeit. §. 107. bb) Ablauf der Verjährungszeit. §. 108. cc) Bona fides? §. 109. γ) Hinderungen der Verjährung. §. 110. δ) Wirkung der Klagenverjährung. §. 111. 5) Uebertragung der Klagen auf Andere. §. 112.
B. Von dem Streitverhältniß unter den Parteien. §. 113. . . . 157
C. Vom Beweise. 1) Gegenstand des Beweises. Beweislast. §. 114. 2) Beweisführung. Eid. §. 115. 161
D. Vom Urtheil. §. 116. 167
E. Von der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand. 1) Begriff. §. 117. 2) Voraussetzungen. a) Verletzung. §. 118. b) Restitutionsgründe. α) Minderjährigkeit. §. 119. β) Abwesenheit und ähnliche Umstände. §. 120. γ) Zwang, Betrug, Irrthum. §. 121. c) Rechtzeitiges Gesuch. §. 122. 3) Verfahren. §. 123. 4) Wirkung. §. 124. 5) Beschränkungen. §. 125. 170

Zweites Buch.

Von den Rechten an Sachen.

Erstes Capitel. Von den Sachenrechten im Allgemeinen.
I. Wesen und Arten der Sachenrechte. §. 126. 184
II. Erwerb und Verlust der dinglichen Rechte. §. 127. 186
III. Dauer der dinglichen Rechte. §. 128. 187
IV. Ausübung der Sachenrechte. Besitz. §. 129. 189
Zweites Capitel. Vom Eigenthum.
I. Wesen und Inhalt des Eigenthums.
A. Nähere Bestimmung des Begriffs. §. 130. 191
B. Beschränkungen des Eigenthums: 1) Rücksichtlich der Verfügung über die Sache. §. 131. 2) Rücksichtlich der Verfügung über das Recht. §. 132. 193
C. Miteigenthum. §. 133. 196
D. Arten des Eigenthums. §. 134. 197
II. Eigenthumsbesitz.
A. Begriff und rechtliche Bedeutung des Besitzes. §. 135. . . . 198
B. Arten des Besitzes. Sprachgebrauch der Quellen. §. 136. . . 200
C. Subjecte des Besitzes. §. 137. 202
D. Gegenstand des Besitzes. §. 138. 203
E. Erwerb des Besitzes. 1) Durch eigene Handlung. §. 139. 2) Durch Stellvertreter. a) Mit dem Willen des Erwerbers. § 140. b) Ohne Willen des Erwerbers. §. 141. 205
F. Verlust des Besitzes. 1) Im Allgemeinen. §. 142. 2) Im Falle der Stellvertretung. §. 143. 209
III. Eigenthumserwerb. §. 144. 212
A. Abgeleiteter Erwerb des Eigenthums. 1) Durch Uebergabe. Tradition. §. 145. 2) Durch richterlichen Zuspruch. §. 146. 3) Durch 212

Seite
Verwirkung des bisherigen Eigenthümers. §. 147. 4) Andere Fälle. §. 148.
B. Ursprünglicher Erwerb. 1) Mit Rücksicht auf bisheriges Eigenthum des Erwerbers. a) Erwerb der Erzeugnisse. §. 149. b) Erwerb durch Verbindung. §. 150. α) Durch Vermischung. §. 151. β) Durch nebensächliche Verbindung. §. 152. c) Zuwachs der Grundstücke durch Aenderung des Flußbetts. §. 153. 2) Unabhängig von bisherigem Eigenthum des Erwerbers. a) Besitzergreifung herrenloser Sachen. §. 154. b) Neugestaltung einer Sache. §. 155. c) Erwerb der Früchte einer fremden Sache. §. 156. d) Ersitzung. §. 157. α) Von der ordentlichen Ersitzung. Erfordernisse derselben. aa) Besitz. §. 158. bb) Ein rechtmäßiger Erwerbgrund. §. 159. cc) Guter Glaube des Besitzers. §. 160. dd) Dauer des Besitzes. §. 161. ee) Ersitzungsfähigkeit der Sache. §. 162. ff) Unterbrechung und Stillstand der Ersitzung. §. 163. β) Außerordentliche Ersitzung. §. 164. 218
IV. Schutz des Eigenthums und des Eigenthumsbesitzes.
A. Eigenthumsklagen. §. 165. 1) Rei vindicatio. a) Voraussetzungen der Rei Vindicatio. §. 166. b) Erfolg der Rei Vindicatio. §. 167. c) Beschränkung des Erfolgs durch Ansprüche des Beklagten. §. 168. 2) Negatoria in rem actio. §. 169. 251
B. Schutz des Ersitzungsbesitzes. Publiciana in rem actio. §. 170. 260
C. Schutz des Eigenthumsbesitzes überhaupt. §. 171. 1) Interdicta retinendae possessionis. §. 172. 2) Interdicta recuperandae possessionis. §. 173. 261
V. Verlust des Eigenthums. §. 174. 268

Drittes Capitel. Von den Dienstbarkeiten.
I. Wesen derselben.
A. Begriffsbestimmung. §. 175. 268
B. Allgemeine Grundsätze. §. 176. 269
C. Haupteintheilung. §. 177. 269
D. Die einzelnen Arten der Dienstbarkeiten. 1) Persönliche Dienstbarkeiten. a) Der Nießbrauch. Ususfructus. α) Begriff und Voraussetzungen. §. 178. β) Rechte des Nutznießers. §. 179. γ) Verbindlichkeiten des Nutznießers. §. 180. δ) Quasiususfructus. §. 181. b) Das Gebrauchsrecht. Usus. §. 182. 2) Grunddienstbarkeiten. a) Allgemeine Grundsätze. §. 183. b) Arten der Grunddienstbarkeiten. §. 184. c) Einzelne Gebäudedienstbarkeiten. §. 185. d) Einzelne Felddienstbarkeiten. §. 186. 270
II. Besitz der Dienstbarkeiten. §. 187. 291
III. Entstehung der Dienstbarkeiten.
A. Durch Bestellung. §. 188. 293
B. Durch Ersitzung. §. 189. 294
C. Kraft gesetzlicher Bestimmung. §. 190. 296
IV. Schutz der Dienstbarkeiten.
A. Schutz des Rechtes. Confessoria in rem actio. §. 191. . . 296
B. Schutz des Besitzes der Dienstbarkeiten. §. 192. 298
V. Aufhebung der Dienstbarkeiten.
A. Durch den Willen des Berechtigten. §. 193. 301
B. Aus andern Gründen. §. 194. 303

Seite
Viertes Capitel. Von der Emphyteuse und Superficies. §. 195. . 306
I. Von der Emphyteusis insbesondere.
A. Begriff. Rechte des Emphyteuta. §. 196. 308
B. Verbindlichkeiten des Emphyteuta. §. 197. 310
C. Entstehung der Emphyteuse. §. 198. 311
D. Aufhebung der Emphyteuse. §. 199. 312
II. Von der Superficies. §. 200. 313

Drittes Buch.

Von den Obligationen.

Erstes Capitel. Von den Obligationen überhaupt.
I. Wesen und Inhalt der Obligationen.
A. Begriff. §. 201. 315
B. Gegenstand. 1) Allgemeine Erfordernisse. §. 202. 2) Bestimmtheit des Gegenstandes. §. 203. 3) Theilbarkeit des Gegenstandes. §. 204. 4) Einzelne besondere Gegenstände. a) Geldzahlung. §. 205. b) Schadensersatz. §. 206. c) Zinszahlung. §. 207...210. d) Strafzahlung. §. 211. 316
C. Subjecte der Obligatio. 1) Im Allgemeinen. §. 212. 2) Mehrheit der Subjecte. §. 213...216. 337
D. Klagbarkeit der Obligatio. §. 217. 347
II. Ausübung der Obligationen. §. 218. 351
A. Von der Erfüllung. 1) Gegenstand derselben. §. 219. 2) Zeit der Erfüllung. §. 220. 3) Ort der Erfüllung. §. 221. 4) Modificationen der Erfüllung. a) Hinsichtlich des Gegenstandes. §. 222. b) Hinsichtlich der Zeit. α) Durch erzwungene Stundung. §. 223. β) Durch Güterabtretung. §. 224. γ) Durch die Rechtswohlthat der Competenz. §. 225. 352
B. Von Collision der Ausübung mehrerer Forderungen. §. 226...228. 362
III. Entstehung der Obligationen. §. 229. 368
A. Rechtsgeschäfte. §. 230. 1) Verträge. a) Eingehung von Schuldverträgen. α) Willenserklärung. §. 231. β) Form der Verträge. §. 232. b) Inhalt der Schuldverträge. §. 233...236. c) Mängel des Willens bei Verträgen. §. 237...239. d) Bestärkung der Verträge. §. 240. 2) Pollicitatio §. 241. 3) Quasicontracte. §. 242. 369
B. Unerlaubte Handlungen. §. 243. 389
C. Zustände. §. 244. 390
D. Stellvertretung bei Entstehung von Obligationen. §. 245. 1) Erwerb von Forderungen durch Stellvertreter. §. 246. 2) Verpflichtung durch Stellvertreter. a) Durch abhängige Personen. §. 247. b) Durch freie Stellvertreter. §. 248. 390
IV. Aenderung bestehender Obligationen. 1) Durch Verabredung. §. 249. 2) Durch Verletzung. a) Durch Verschulden des Verpflichteten. Dolus und Culpa. §. 250. b) Durch Verzug. Mora. §. 251. c) Durch Abläugnung oder Weigerung. §. 252. 3) Durch Zufall. §. 253. 399
V. Uebertragung von Obligationen. Cession. §. 254. 413
A. Erfordernisse der Cession. §. 255. 417
B. Wirkung der Cession. §. 256...257. 419

Seite

C. Beschränkungen der Cession. 1) Rücksichtlich der Zulässigkeit. §. 258. 2) Rücksichtlich der Wirkung. §. 259. . . . 424

VI. Aufhebung der Obligationen. §. 260. 426

A. Durch Zahlung. §. 261...263. 427

B. Durch Compensation. §. 264...266. 430

C. Durch Vertrag. 1) Schlechthin befreiender Vertrag §. 267. 2) Bedingt befreiende Verträge. a) Novation. §. 268. b) Vergleich. §. 269. c) Compromiß. §. 270. . . . 438

D. Durch Rechtstreit. §. 271. 450

E. Durch Bedingung und Zeitbestimmung. §. 272. 452

F. Durch Wegfall des Subjectes der Obligatio. §. 273. 452

G. Durch Wegfallen des Inhalts der Obligatio. 1) Durch Unmöglichkeit der Erfüllung. a) Im Allgemeinen. §. 274. b) Insbesondere bei gegenseitigen Obligationen. §. 275. 2) Durch andere Umstände. §. 276. . . . 454

H. Durch Verwirkung des Gläubigers und Verjährung. §. 277. . 459

Zweites Capitel. Von einzelnen Schuldverhältnissen. §. 278. . . 460

I. Obligationen aus Verträgen und verwandte Verhältnisse.

A. Einseitige Obligationen. 1) Das Schenkungsversprechen. §. 279. 2) Das Darlehen. a) Begriff und Wirkung. §. 280. b) Beweis des Darlehens. §. 281. c) Beschränkung des Darlehens. §. 282. d) Verzinsliches Darlehen. §. 283. 3) Obligationen auf Rückerstattung bestimmter Sachen. a) Leihvertrag. Commodatum. §. 284. b) Hinterlegungsvertrag. Depositum. α) Regelmäßiges Depositum. §. 285. β) Unregelmäßiges Depositum. §. 286. γ) Sequestration. §. 287. c) Pfandvertrag. §. 288. d) Receptum nautarum, cauponum, stabulariorum. §. 289. e) Trödelvertrag. §. 290. 4) Obligationen wegen Geschäftsführung. a) Auftrag. Mandatum. α) Wesen desselben. §. 291. β) Verbindlichkeiten des Mandatars. §. 292. γ) Verbindlichkeiten des Mandanten. §. 293. δ) Aufhebung des Mandats. §. 294. ε) Besondere Arten des Mandats. §. 295. b) Geschäftsführung kraft öffentlichen Auftrags. Cura bonorum. §. 296. c) Geschäftsführung ohne Auftrag. Negotiorum gestio. §. 297...299. . . . 461

B. Wesentlich gegenseitige Schuldverhältnisse. 1) Der Kaufvertrag. a) Voraussetzungen. α) Begriff und Gegenstand. §. 300. β) Schließung des Vertrags. §. 301. b) Wirkungen des Kaufvertrages. α) Beim Kauf von Sachen. aa) Im Allgemeinen. §. 302. bb) Verbindlichkeit wegen Entwährung. §. 303. cc) Gewähr der Mängel der Sache. §. 304. β) Bei andern Kaufgegenständen. §. 305. c) Nebenverträge beim Kauf. §. 306. d) Aufhebung des Kaufes. §. 307. 2) Der Tauschvertrag. §. 308. 3) Miethverträge. §. 309. a) Locatio conductio rerum. α) Voraussetzungen. §. 310. β) Wirkungen. aa) Verbindlichkeiten des Vermiethers. §. 311. bb) Verbindlichkeiten des Miethers. §. 312. γ) Endigung des Miethverhältnisses. §. 313. b) Locatio conductio operarum. Dienstmiethe i. e. S. §. 314. c) Locatio conductio operis. Verdingungsvertrag. α) Begriff und Wirkungen im Allgemeinen. §. 315. β) Insbesondere von der Lex Rhodia de iactu. §. 316. 4) Gesellschaft. a) Begriff und Entstehung . . . 481

Seite

der Gesellschaft. §. 317. b) Wirkungen des Gesellschaftsvertrages. §. 318. c) Endigung der Gesellschaft. §. 319. 5) Gemeinschaft. §. 320. 6) Gränzscheidung. §. 321.

II. Obligationen aus unerlaubten Handlungen, und verwandte Fälle. §. 322. 517

A. Entwendung. §. 323. 517

B. Beschädigung. 1) Entschädigungspflicht nach der lex Aquilia. §. 324. 2) Besondere Fälle. §. 325. 3) Haftung für Beschädigung durch Andere. §. 326. 4) Beschädigung durch Thiere. §. 327. 5) Beschädigung durch andere Sachen. Cautio damni infecti. §. 328. 519

C. Widerrechtliche Störung thatsächlicher Zustände. 1) Interdictum quod vi aut clam. §. 329. 2) Operis novi nuntiatio. §. 330. 3) Aquae pluviae arcendae actio. §. 331. 4) Interdicte zum Schutze des Gebrauches öffentlicher Sachen. §. 332. 526

D. Gewalt und Drohung. §. 333. 532

E. Betrug und Arglist. 1) Doli actio. §. 334. 2) Arglistige Störung der Rechtshülfe. §. 335. 3) Calumnia. §. 336. 4) Actio servi corrupti. §. 337. 533

F. Verletzung besonderer Berufspflicht. §. 338. 536

G. Verletzung gegen die Person. Iniuria. §. 339. 537

III. Die übrigen vermischten Fälle von Obligationen.

A. Klagen auf Rückerstattung grundlosen Gewinnes. §. 340. 1) Condictio indebiti. §. 341. 2) Condictio ob causam datorum. §. 342. 3) Condictio ob turpem causam. §. 343. 4) Condictio ob iniustam causam. §. 344. 5) Condictio sine causa. §. 345. 539

B. Actio ad exhibendum. §. 346. 548

C. Klagen auf Gestattung der Wegnahme von Sachen. §. 347. . . 549

D. Verbindlichkeit zum Unterhalt einer Person. §. 348. 551

Drittes Capitel. Von Sicherung der Forderungen durch Bürgschaft.

I. Begriff der Bürgschaft. §. 349. 552

II. Formen der Verbürgung.

A. Nach römischem Recht. 1) Fideiussio. §. 350. 2) Das sogenannte constitutum debitum alieni. §. 351. 3) Das sog. mandatum qualificatum oder der Creditauftrag. §. 352. 553

B. Nach heutigem Recht. §. 353. 557

III. Wirkungen der Bürgschaft.

A. Haftung des Bürgen im Allgemeinen. §. 354. 559

B. Schutzmittel des Bürgen. §. 355. 561

C. Regreß des Bürgen gegen den Hauptschuldner. §. 356. . . . 563

IV. Aufhebung der Obligatio des Bürgen. §. 357. 565

V. Beschränkungen der Bürgschaft. §. 358. 569

A. Senatusconsultum Velleianum. §. 359...361. 569

B. Besondere Form für Intercessionen der Frauen. §. 362. . . . 574

C. Beschränkung der Intercession der Ehefrauen. §. 363. . . . 575

Viertes Capitel. Von Sicherung der Forderungen durch Pfandrecht.

I. Wesen des Pfandrechts im Allgemeinen.

A. Begriff. §. 364. 576

B. Arten des Pfandrechts. §. 365. 578

C. Voraussetzungen des Pfandrechts. 1) Eine Schuldforderung. §. 366. 2) Ein Gegenstand der Verpfändung. §. 367. 579

Seite

D. Umfang des Pfandrechts. 1) Bezüglich des Gegenstandes. §. 368. 2) Bezüglich der Forderung. §. 369. . . . 582
II. Erwerb des Pfandrechts. §. 370. 584
A. Entstehung eines Pfandrechts. 1) Durch Privatdisposition. §. 371. 2) Durch richterliche Verfügung. §. 372. 3) Durch Rechtsatz. §. 373.
B. Uebertragung eines Pfandrechts. §. 374. 590
III. Rechte der Pfandgläubiger.
A. Abgesehen vom Zusammentreffen mehrerer Pfandrechte. 1) Bei Verpfändung von Sachen. a) Verkaufsrecht. §. 375. b) Recht des Zuschlags. §. 376. c) Retentionsrecht wegen anderer Forderungen. §. 377. d) Klagen. α) Dingliche Pfandklage. §. 378. β) Interdictum Salvianum. §. 379. γ) Andere Schutzmittel des Pfandgläubigers. §. 380. e) Nutzung des Pfandes. §. 381. 2) Bei Verpfändung anderer Gegenstände. §. 382. . . . 591
B. Beim Zusammentreffen mehrerer Pfandrechte. §. 383. 1) Bestimmung der Priorität. a) Nach dem Alter der Pfandrechte. §. 384. b) Besondere Vorzugsrechte. α) Privilegirte Pfandrechte. §. 385. β) Vorzug der öffentlichen Pfandrechte. §. 386. 2) Recht des vorgehenden Pfandgläubigers. §. 387. 3) Recht des nachstehenden Pfandgläubigers. §. 388. . . . 601
IV. Endigung des Pfandrechts.
A. Aus Gründen allgemeiner Art. §. 389. 390. 613
B. Aus besondern pfandrechtlichen Gründen. 1) Tilgung der Pfandforderung. §. 391. 2) Verkauf des Pfandes. §. 392. . . . 617

Viertes Buch.

Von den Familienverhältnissen.

Erstes Capitel. Von der Ehe.
I. Wesen der Ehe. Entstehung und Ende. §. 393. 619
II. Einfluß der Ehe auf das Vermögen. §. 394. 621
A. Die Dos. 1) Begriff. §. 395. 2) Dotationsverbindlichkeit. §. 396. 3) Bestellung der Dos. a) Dotalversprechen. §. 397. b) Dotis datio. §. 398. c) Zeit der Bestellung. §. 399. d) Nebenberedungen. §. 400. 4) Rechtsverhältniß der Dos. a) Während der Ehe. α) Rechte des Mannes. §. 401...403. β) Rechte der Frau. §. 404. b) Nach Endigung der Ehe. Rückgabe der Dos. α) Rückempfänger der Dos. §. 405. β) Gegenstand der Restitution. aa) Bezüglich der Hauptsache. §. 406. bb) Nebensachen. §. 407. cc) Gegenansprüche. §. 408. γ) Zeit der Restitution. §. 409. δ) Klagen. aa) Die persönliche Dotalklage. §. 410. bb) Dingliche Klagen. §. 411. . . . 621
B. Paraphernalgut der Frau. §. 412. 648
C. Donatio propter nuptias. §. 413. 649
D. Schenkungen unter Ehegatten. §. 414. 650
E. Entwendungen unter Ehegatten. §. 415. 652
F. Vermögensrechtliche Folgen der Ehescheidung. §. 416. 653
G. Folgen der Wiederverheirathung. §. 417. 654
H. Besondere Folgen vorzeitiger Wiederverheirathung. §. 418. . . 657
Zweites Capitel. Vom Verhältniß unter Aeltern und Kinder. §. 419. 658
I. Von der väterlichen Gewalt.

Seite
A. Entstehung derselben. 1) Durch Geburt. §. 420. 2) Durch Legitimation. §. 421. 3) Durch Adoption. §. 422...425. 659
B. Aufhebung der väterlichen Gewalt. §. 426...427. 664
C. Rechtliche Bedeutung der väterlichen Gewalt. 1) Im Allgemeinen. §. 428. 2) Insbesondere in Ansehung des Vermögens. a) Römisches Recht. §. 429. α) Das sog. peculium profectitium. §. 430. β) Castrense vel quasi castrense peculium. §. 431. γ) Bona adventitia regularia. §. 432...433. δ) Bona adventitia irregularia. §. 434. ε) Rechtsgeschäfte zwischen Vater und Kind. §. 435. b) Heutige Geltung des römischen Rechts. §. 436. 667
II. Vom Verhältniß der Aeltern zu den Kindern überhaupt.
A. Zu leiblichen Kindern. §. 437. 680
B. Zu angenommenen Kindern. §. 438. 682
Drittes Capitel. Von der Vormundschaft.
I. Begriff und Arten. §. 439...441. 683
II. Begründung der Vormundschaft.
A. Fähigkeit zur Vormundschaft. §. 442...443. 686
B. Berufung zur Vormundschaft. Delation. §. 444...446. . . . 687
C. Pflicht zur Uebernahme der Vormundschaft. §. 447. 690
D. Anstellung des Vormundes. §. 448. 693
III. Endigung der Vormundschaft. §. 449...450. 694
IV. Rechtsverhältnisse der Vormundschaft.
A. Sorge für die Person des Mündels. §. 451. 696
B. Mitwirkung bei Handlungen des Mündels. §. 452. 697
C. Verwaltung der Vormünder. 1) Im Allgemeinen. §. 453. 2) Erhaltung des Vermögens. §. 454. 3) Vermehrung des Vermögens. §. 455. 4) Veräußerungen. §. 456...457. 5) Verwaltung mehrerer Vormünder. §. 458. 6) Klagen wegen vormundschaftlicher Verwaltung. a) Zwischen Mündel und Vormund. §. 459. b) Klagen gegen Nebenpersonen. §. 460. 700
V. Von Protutoren. §. 461. 707
VI. Von der Obervormundschaft. §. 462. 708

Fünftes Buch.

Von der Erbschaft. §. 463.

Erstes Capitel. Von der Erbfolge im eigentlichen Sinn.
I. Wesen und Voraussetzungen der Erbfolge.
A. Begriff und Umfang der Erbfolge. §. 464...465. 711
B. Unterschied der civilrechtlichen und prätorischen Erbfolge. §. 466..468. 715
C. Voraussetzungen der Erbfolge. 1) Tod einer vermögensfähigen Person. §. 469. 2) Erbberechtigung einer bestimmten Person. Delation. a) Art der Berufung. §. 470. b) Erbfähigkeit. §. 471. 3) Antritt der Erbfolge. Acquisition. § 472. 717
II. Von der Berufung zur Erbschaft.
A. Von der gesetzlichen Erbfolge. §. 473. 1) Die ordentliche Erbfolge der Verwandten. a) Berechtigung zur Verwandtenerbfolge. α) Im Allgemeinen. §. 474. β) Vermöge der Adoptivverwandtschaft. §. 475. γ) Vermöge unehelicher Verwandtschaft. §. 476. b) Erbfolgeordnung der Verwandten. α) Classen derselben. §. 477. β) Nacheinanderfolge 721

Seite

der verschiedenen Classen und Grade. §. 478. c) Theilung der Erbfolge unter Mehrere. §. 479. 2) Ordentliches Erbrecht des Ehegatten. §. 480. 3) Außerordentliche Erbfolge. a) Der armen Wittwe. §. 481. b) Der natürlichen Kinder und ihres Erzeugers. §. 482.

B. Von der testamentarischen Erbfolge. 1) Begriff des Testaments. §. 483. 2) Fähigkeit zur Testamentserrichtung. §. 484. 3) Form des Testaments. a) Privattestamente. α) Regelmäßige Form. §. 485…486. β) Außerordentliche Form. aa) Wegen der Person des Testators. §. 487. bb) Wegen besonderer Umstände bei der Errichtung. §. 488. cc) Wegen des Inhalts des Testaments. §. 489. b) Oeffentliche Testamente. §. 490. 4) Inhalt des Testaments. a) Ueberhaupt. §. 491. b) Von der Erbeinsetzung insbesondere. α) Fähigkeit des eingesetzten Erben. §. 492. β) Form der Erbeinsetzung. §. 493. γ) Einsetzung mehrerer Erben. §. 494. δ) Nebenbestimmungen der Erbeinsetzung. §. 495. ε) Substitutionen. aa) Vulgarsubstitution. §. 496. bb) Pupillarsubstitution. §. 497…498. cc) Quasipupillarsubstitution. §. 499. 5) Gemeinschaftliche und wechselseitige Testamente. §. 500. 6) Aufhebung des Testaments. a) Durch den Willen des Testators. §. 501…502. b) Aus andern Gründen. §. 503. 7) Eröffnung und Vollziehung der Testamente. §. 504. 8) Zeitpunkt der testamentarischen Delation der Erbschaft. §. 505. 733

III. Von dem Erwerbe der Erbschaft.

A. Art und Weise desselben. 1) Durch Antretung. a) Fähigkeit zur Erwerbhandlung. §. 506. b) Willensbestimmung. §. 507. c) Willenserklärung. §. 508. d) Zeit der Erbantretung. §. 509. e) Ablehnung der Erbschaft. §. 510. 2) Erwerb ohne Willen. §. 511. 762

B. Erwerb der Erbschaft durch einen Andern als den Delaten. §. 512. 1) Sog. transmissio ex capite infantiae oder ex iure patrio. §. 513. 2) Sog. transmissio Theodosiana. §. 514. 3) Sog. transmissio Justinianea. §. 514. 4) Sog. transmissio ex capite in integrum restitutionis. §. 516. 771

C. Gegenstand der Erwerbung. Anwachsungsrecht. §. 517…518. 776

D. Aufhebung des Erbschaftserwerbes. 1) Durch den Willen des Erben. §. 519. 2) Ohne Willen des Erben. Exeption. §. 520. 780

IV. Rechtsverhältniß der Erben.

A. Im Allgemeinen. §. 521. 784

B. Verhältniß zu den Gläubigern. 1) Regel. §. 522. 2) Modificationen der Regel. a) Durch Inventarserrichtung. §. 523. b) Durch Gütertrennung. §. 524. c) Verpflichtung durch letztwillige Verfügung des Erblassers. §. 525. 786

C. Rechtsverhältniß der Miterben. 1) Theilung der Erbfolge. §. 526. 2) Theilung der Erbmasse. §. 527. 3) Collationsverbindlichkeit. §. 528…530. 789

E. Rechtlicher Schutz des Erbverhältnisses. 1) Die ordentliche Erbrechtsklage. §. 531…534. 2) Provisorischer Schutz des Erbrechts. a) Wegen Wahrscheinlichkeit des Erbrechts. §. 535. b) Bei sonst noch ungewissem Erbrecht. α) Missio in possessionem ventris 795

Seite

nomine. §. 536. β) Bonorum possessio ex Carboniano edicto. §. 537. γ) Bonorum possessio furiosi nomine. §. 538. δ) Bei bedingter Erbeinsetzung. §. 539.

F. Veräußerung der Erbschaft. §. 540. 805

Zweites Capitel. Von den Vermächtnissen.

I. Allgemeine Bestimmungen.

A. Begriff und Arten der Vermächtnisse. §. 541. 806

B. Errichtung der Vermächtnisse. 1) Subjecte. §. 542...544. 2) Form der Errichtung. §. 545...546. 3) Inhalt der Vermächtnisse. a) Im Allgemeinen. §. 547. b) Nebenbestimmungen. §. 548. c) Substitution bei Vermächtnissen. §. 549. 4) Regula Catoniana. §. 550. 807

C. Aufhebung der Vermächtnisse. 1) Durch den Willen des Erblassers. §. 551. 2) Aus andern Gründen. §. 552...553. 816

D. Erwerb der Vermächtnisse. 1) Zeitpunkt des Erwerbs. §. 554. 2) Annahme und Ablehnung. §. 555. 3) Anwachsungsrecht bei Vermächtnissen. §. 556. 4) Aufhebung des Erwerbs. §. 557. 820

E. Das Recht des erworbenen Vermächtnisses. 1) Die Vermächtnißforderung. §. 558...559. 2) Dinglicher Rechtserwerb durch Vermächtniß. §. 560. 825

F. Rechte des Vermächtnißträgers, insbesondere nach der lex Falcidia. §. 561. 1) Das Recht der quarta Falcidia. §. 662. 2) Berechnung der Quarta. §. 563. 3) Abzug der Quarta von verschiedenen Erbtheilen. §. 564...565. 4) Wegfall des Abzugs. §. 566...567. 828

II. Von einzelnen Arten der Singularvermächtnisse insbesondere. §. 568.

A. Vermächtniß einzelner bestimmter Sachen. §. 569. 837

B. Vermächtniß einer Sachgesammtheit. §. 570. 839

C. Vermächtniß einer Summe oder Quantität. §. 571. 840

D. Vermächtniß einer Rente. §. 572. 840

E. Vermächtniß des Lebensunterhalts. §. 573. 841

F. Vermächtniß einer Gattungssache. §. 474. 842

G. Vermächtniß dinglicher Rechte. §. 575. 843

H. Vermächtnisse in Beziehung auf Forderungen. §. 576. 845

I. Vermächtniß der Dos. §. 577. 849

K. Vermächtniß eines Vermögensinbegriffs. §. 578. 849

L. Wahlvermächtnisse. §. 579. 850

III. Vom Universalvermächtniß.

A. Begriff und Voraussetzungen. §. 580...581. 852

B. Recht des Universalvermächtnisses. §. 582. 1) Wenn der Fiduciar freiwillig die Erbschaft annimmt. a) Verbindlichkeit des Fiduciars. §. 583. b) Rechte des Fiduciars. Sog. quarta Trebellianica. §. 584. c) Wirkungen der Restitution. §. 585...586. 2) Wenn der Fiduciar die Erbschaft nicht annimmt. §. 587. 3) Bei successivem Universalvermächtniß. §. 588. 854

IV. Von Schenkungen auf den Todesfall. §. 589...590. 862

Drittes Capitel. Von Erbansprüchen gegen den letzten Willen des Erblassers. §. 591. 864

I. Recht der Kinder und Aeltern. §. 592. 865

A. Pflichttheilsrecht der Aeltern und Kinder. 1) Größe und Berechnung des Pflichttheils. §. 593. 2) Hinterlassung des Pflichttheils 866

Seite

§. 594...595. 3) Schutz des Pflichttheils. a) Gegen Verletzung durch den letzten Willen. §. 596. b) Gegen Verletzung durch Rechtsgeschäfte unter Lebenden. §. 597.

B. Anspruch auf Erbeinsetzung. 1) Vorschrift der Erbeinsetzung. §. 598. 2) Folgen der Verletzung. §. 599...600. 871

C. Ausschließung der Kinder und Aeltern. 1) Gründe. §. 601. 2) Art und Weise der Ausschließung. §. 602. 3) Enterbung in wohlmeinender Absicht. §. 603. 876

II. Recht der Geschwister. §. 604...605. 880

III. Recht der dürftigen Wittwe. §. 606. 884

IV. Recht des unmündig Arrogirten. §. 607. 885

Viertes Capitel. Von dem Erwerb erbloser Güter und andern der Erbfolge analogen Fällen. §. 608...610. 886

Einleitung.

§. 1.

I. Begriff des Pandektenrechts.

Unter Pandektenrecht verstehen wir das römische Privatrecht, insofern dasselbe als gemeines Recht in Deutschland Aufnahme gefunden hat.

Anm. Ueber die Entstehung dieses heutigen Begriffs von Pandektenrecht vgl. Arndts jur. Encyklopädie §. 153 ... 156. Andere Benennungen: „heutiges römisches Recht" (vgl. Savigny, System des heutigen römischen Rechts I. §. 1. 2.), „gemeines Civilrecht" (vgl. Sintenis, das praktische gemeine Civilrecht I. §. 1. Anm. 11.) Ueber den Unterschied des Pandektenrechts und des deutschen Privatrechts im engern Sinn vgl. Beseler, System des gemeinen deutschen Privatrechts I. §. 8 ... 10.

II. Quellen des Pandektenrechts.

A. Verschiedene Classen derselben.

§. 2.

1) Römisches Recht.

Das römische Recht ist in der Gestalt, in welcher es durch die gesetzgeberische Thätigkeit des Kaisers Justinian I., in den Jahren 527 bis 565 nach Chr., abgeschlossen und so auch in dem mit dem oströmischen Reiche wiedervereinigten Italien eingeführt worden ist, später auch in Deutschland, wie in andern Ländern Europa's, als gemeines Recht recipirt worden, so weit es von den Lehrern der Rechtsschule zu Bologna im 12. und 13. Jahrhundert (den Glossatoren) als gültig betrachtet und behandelt worden ist.

Anm. [1] Die Bestandtheile der Justinianischen Rechtsquellen (corpus iuris civilis) sind 1) die Institutionen, in vier Büchern, publicirt den 21. Nov. 533,

mit Gesetzeskraft vom 30. Dec 533. 2) die Pandekten (Pandectae oder Digesta), in fünfzig Büchern, publ. den 16. Dec. 533, ebenfalls mit Gesetzeskraft vom 30. Dec. 3) der codex constitutionum Justinianeus (codex repetitae praelectionis, im Gegensatz gegen den ältern Codex vom Jahr 529), in zwölf Büchern, publ. den 16. Nov. 534, mit Gesetzeskraft vom 29. Dec. 534. 4) die Novellen (novellae constitutiones), einzeln erlassen von 535 . . . 565. Die reichhaltigste (nicht officielle, den Glossatoren noch unbekannte) Sammlung besteht aus 168 Nummern, enthält jedoch in der That nur 153 verschiedene Novellen Justinians, indem die Novellen 140. 144. 148. 149. 161. 163. 164. von Justinians Nachfolgern, Justinus II. und Tiberius II., herrühren, Nr. 165 . . . 168 nur formae praefectorum, und Nov. 32. und 34., 41. und 50., 75. und 104., 143. und 150. nicht verschiedene Constitutionen sind. Außerdem sind uns noch 13 Edikte von Justinian in einer Sammlung und einige andere einzelne Constitutionen erhalten.

2 Ueber die Schicksale der Justinianischen Rechtsquellen im Mittelalter und insbesondere den Einfluß der Glossatoren auf dieselben vergl. vorzüglich F. K. von Savigny Gesch. des röm. Rts. im Mittelalter. 6 Bde. Heidelb. 1815 . . . 1831, 2. Ausg. Bd. 1 . . . 3. 1834, Bd. 3 . . . 6. 1850, Bd. 7. (Zusätze und Register) 1851. Erxleben a. a. O. §. 40. 41.; über die Novellen insbesondere F. A. Biener Gesch. der Novellen Justinians. Berlin 1824. Eine Uebersicht der Novellen nach ihrer Ordnung in den verschiedenen Sammlungen gibt Böcking im Anh. IV. zu seinen Institutionen Bd. 1. (zweiter Ausgabe. 1853). Ein dreifaches Verzeichniß der Novellen: 1) nach dem Authenticum, d. i. der den Glossatoren allein bekannten lateinischen Sammlung von 134 Novellen, 2) nach Collationen, d. i. der von den Glossatoren beliebten Ordnung von 97 Novellen in 9 Collationen und 98 Titeln (nov. 8. in 2 Titeln), 3) nach der in Anm. 1. erwähnten Sammlung, findet sich in Heimbach's Ausgabe des Authenticum (Leipzig 1846, vollendet 1851), prolegom. p. DCCIV—DCCXXVIII.

3 Ueber die Reception des römischen Rechts und dessen heutige Geltung vergl. Arndts Encyklopädie §. 115 . . . 117. Erxleben Lehrb. des röm. Rechts I. §. 43. 44. und Dworzak in Haimerl's Magazin für Rechts- und Staats-Wissenschaft XV. 15. 22. XVI. 3. 28.; insbesondere über die Regel: „quidquid non agnoscit glossa, nec agnoscit curia" Savigny System des R. R. Bd. I. S. 66 . . . 76. Osenbrüggen in Linde's Ztschr. für Civilrt. und Proc. XV. 9. — Nicht glossirt sind:

a) in den Pandekten L. 7. §. 5. L. 8 . . . 11. D. de bon. damn. 48. 20. L. 10 . . . 19. D. de interd. et releg. 48. 22.

b) im Codex: I. 1. c. 3. 5. 6. 7., I. 2. c. 15. 17. 18. 20. 24. 25. 26., I. 3. c. 29. 30. 36. 39. 40. 42 . . . 48. 53. 55. 57., I. 4. c. 14. 17. 18. 20. 22. 23. 25. 26. 29. 30. 32. 33. 34., I. 5. c. 9. 11 . . . 18. 20., I. 9. c. 2. 18., I. 10. c. 2., I. 11. c. 9. 10., I. 12. c. 3. 7. 8., I. 14. c. 10., I. 15. c. 2., I. 17. c. 3., I. 26. c. 6., I. 27. c. 1. §. 8. c. 2. §. 19 . . . 23., I. 33. c. 2., I. 52. c. 13.; II. 2. c. 4., II. 7. c. 18. 19., II. 13. c. 27. 28., II. 59. c. 3.; III. 1. c. 11. 12., III. 2. c. 2. 4. 5., III. 10. c. 1. 2., III. 43. c. 1. 2., III. 44. c. 15.; IV. 20. c. 1. 13. 15. 16., IV. 21. c. 16. 22., IV. 24. c. 1., IV. 32. c. 29. 30., IV. 35. c. 24., IV. 62. c. 5., IV. 65.

c. 33.; V. 1. c. 6., V. 4. c. 8b. (l. manifestum zwischen c. 8. u. 9.) und c. 29., V. 9. c. 11. et sqq., V. 17. c. 12.; VI. 4. c. 4., VI. 31. c. 4., VI. 48. c. un.; VII. 45. c. 15., VII. 51. c. 5., VII. 62. c. 35. 36.; VIII. 10. c. 12., VIII. 12. c. 3., VIII. 40. c. 1., VIII. 41. c. 29., VIII. 52. c. 4.; IX. 4. c. 6., IX. 5. c. 2., IX. 6. c. 1., IX. 8. c. 6., IX. 9. c. 37., IX. 16. c. 4b. (l. liceat?), IX. 29. c. 2., IX. 47. c. 26., IX. 49. c. 11.; X. 1. c. 11., X. 3. c. 7., X. 11. c. 7. 8., X. 16. c. 1. 13., X. 19. c. 9., X. 27. c. 2. 3., X. 30. c. 4., X. 55. c. 1.; XI. 1. c. 1. 2., XI. 7. c. 16., XI. 40. c. 7., XI. 47. c. 18., XI. 53. c. 2.; XII. 34. c. 8, XII. 38. c. 18. 19., XII. 41. c. 12., XII. 48. c. 3., XII. 61. c. 7., XII. 64. c. 2. Diese unglossirten Stellen sind meistens ursprünglich griechische, daher in den abendländischen Handschriften vernachlässigte und erst seit dem 16. Jahrh. aus Handschriften des Codex oder andern namentlich byzantinischen Quellen restituirte Constitutionen (leges restitutae); vergl. K. Witte, die leges restitutae des Just. Codex. Breslau 1830. F. A. Biener und G. E. Heimbach, Beitr. zur Revision des just. Codex in Savigny's Zeitschr. für geschichtl. Rtsw. VII. 5. 8. VIII. 2., auch besonders gedruckt, Berlin 1833.

c) von den Novellen, nach der Sammlung von 168 Nummern, N. 11. 13. 12. 24 ... 32. 35...37. 122. 126. 129. 130. 133. 135...142. 144...158. 160...168, zusammen 72, während 96 glossirt sind. Vergl. Biener a. a. O. Anh. II. Böcking a. a. O. Anh. III. IV., bei welchem jedoch unrichtig Nov. 127. als nicht glossirte bezeichnet ist, sodann die Verzeichnisse von Heimbach (vergl. Anm. 2.), wo jedoch unrichtig im ersten Verzeichniß Nov. 130. (Authent. 118.) und im dritten Nov. 11. und 110. als glossirte bezeichnet sind. Die Nov. 110. (im Auth. 105.) wird auch sonst wohl unter die glossirten gezählt, weil sie, wenn gleich ohne Glosse, in den 9 Collationen der Glossatoren aufgenommen ist (Coll. VIII. tit. 6.). Andere zählen auch Nov. 150. als glossirte mit und zählen so denn im Ganzen 97 glossirte Novellen; aber Nov. 150. fällt zusammen mit der allerdings glossirten Nov. 143. (im Auth. 132.). In der Ausgabe von Osenbrüggen (vgl. Anm. 5.) sind die glossirten Novellen durch das Zeichen Gl. bemerklich gemacht, welches jedoch unrichtiger Weise auch der Nov. 13. beigesetzt ist.

4 Im Codex sind durch die Glossatoren an geeigneten Orten auch 13 Constitutionen der Kaiser Friedrich I. und II. eingeschaltet, welche gleich andern aus Justinianischen Novellen entlehnten Einschiebseln Authenticae genannt werden und mit dem Codex recipirt sind. Sie sind: die Auth. *sacramenta puberum* nach L. 1. Cod. si adv. vend. 2. 28., und auth. *habita* nach L. 5. Cod. ne filius pro patre. 4. 13. von Friedrich I., dann von Friedrich II., die auth. *Cassa* nach L. 12. Cod. de sacrosanct. eccles. 1. 2., auth. *item nulla*, *item quaecunque, statuimus*, im tit. Cod. de episcop. 1. 3., *statuimus hoc* nach L. 19. Cod. de episcop. aud. 1. 4., *si vero dominus, credentes, gazaros* nach L. 4. u. 19. Cod. de haeret. 1. 5., *navigia* nach L. 18. Cod. de furt. 6. 2., *omnes peregrini* nach L. 10. Cod. commun. de succ. 6. 59., und auth. *agricultores* nach L. 8. Cod. quae res pign. 8. 17.

5 Ueber die Ausgaben des corpus iuris civilis, glossirte und unglossirte, vergl. E. Spangenberg, Einl. in das Römisch-Justin. Rechtsbuch. Hannover

1817. J. L. G. Beck, indicis codicum et editionum iur. Just. prodromus. Lipsiae 1823. Prodromus corp. iur. civ. a Schradero, Clossio, Tafelio edendi. Berol. 1823. — Neuere Ausgaben sind: 1) Corp. iur. civ. edid. J. L. G. Beck. Lips. 1825 . . . 36. 5 Bde. 8°., auch stereotyp in 1 oder 2 Bdn. 4°. 2) Corp. iur. civ., recognoverunt annotationibusque criticis instructum ediderunt Alb. et Maur. fratres Kriegelii, Aemil. Herrmann, Ed. Osenbrüggen. Opus uno volumine absolutum. Lipsiae 1843. (Der erste Theil, Inst. und Pand. enthaltend, von den Gebrüdern Kriegel schon 1833 vollendet, der Codex von Herrmann 1843, die Novellen von Osenbrüggen 1840.). 3) Corp. iur. civ. recensuit, perpetuo commentario instruxit Ed. Schrader. Tom. I. (Institut.) Berol. 1832 . . . 40. Vergl. auch noch Böcking a. a. O. Anh. V. „über Handschriften und Ausgaben der Justinianischen Rechtswerke."

[6] Unsere Art, einzelne Stellen zu allegiren, erklärt sich durch folgende Beispiele: a) aus den Institutionen: pr. §. 6. J. de legatis 2. 20. b) aus den Pandekten: L. 1. pr. §. 14. D. ad legem Falcidiam. 35. 2. L. 60. D. de legatis I. (30), II. (31), III. (32). c) aus dem Codex: L. 1. (oder L. un.) pr. §. 6. Cod. de caducis tollendis. 6. 51. d) aus den Novellen: nov. 89. praef. cap. 12. pr. §. 4.

§. 3.

2) Canonisches Recht.

Das canonische Recht ist als gemeines Recht, nicht bloß für kirchliche Verhältnisse, recipirt worden, so wie es in verschiedenen im Mittelalter entstandenen Sammlungen enthalten ist, die zusammen das sog. corpus juris canonici (clausum) bilden. Für das Pandektenrecht ist das canonische Recht nur von untergeordneter Bedeutung, als weitere Entwicklung des römischen Rechts.

Anm. [1] Die Bestandtheile des corpus iur. canon. sind: 1) das Decretum (Gratiani), das Werk eines Mönchs in Bologna (1141 . . . 1145), welches durch den Gebrauch Gesetzesansehen erhalten hat, jedoch nur für die aufgenommenen Beweisstellen (canones, capitula), nicht für die eigenen Sätze des Verfassers (dicta Gratiani). Es besteht aus drei Theilen. Der erste zerfällt in 101 Distinctionen; man citirt daraus z. B. cap. oder can. 1. 2. Dist. 10. Der zweite enthält 36 causae, deren jede in verschiedenen Quästionen abgehandelt wird; man citirt z. B. cap. 1. C. 12. qu. 1. Die qu. 3. der causa 33. aber enthält einen besondern Tractat de poenitentia, der wieder in 7 Distinctionen zerfällt, citirt z. B. cap. 6. D. 3. de poenit. Der dritte Theil endlich zerfällt wieder in 5 Dist., und wird nach der Ueberschrift des ersten Abschnittes „de consecratione" genannt. 2) Decretales Gregorii IX., publicirt 1234, in fünf Büchern, diese in Titel abgetheilt, in welchen die betreffenden päpstlichen Verfügungen zusammengestellt sind. Man allegirt daraus z. B. cap. 6. X. de probat. 2. 19. (X. d. i. extra, sc. extra decretum Gratiani vagantes decretales.) 3) Liber sextus decretalium, so genannt als Zugabe zu den fünf Büchern der Gregorischen Sammlung, selbst aber auch wieder in fünf Bücher

und Titel eingetheilt, publicirt von Bonifacius VIII. 1298. Man citirt daraus z. B. cap. 1. de praescript. in 6to 2. 13. 4) Clementinae, sc. constitutiones in concilio Viennensi (1311) editae, von Clemens V. publicirt 1313, durch Johann XXII. den Universitäten Bologna und Paris zugesandt 1317, ebenfalls in fünf Büchern, woraus man allegirt z. B. Clem. 1. de appellat. 2. 12. Die spätern Extravagantensammlungen (extravag. Joh. XXII. und extravag. communes) kommen hier nicht in Betracht. Ueber die Entstehung und Beschaffenheit des corp. iur. can. vgl. vorzüglich Phillips' Kirchenrecht IV. S. 137...434.

2 Die besten Ausgaben des corpus iuris canonici sind a) die unter Gregor XIII. emendirte authentische Ausgabe mit der Glosse: Romae in aedibus populi Romani 1582. 5 voll. fol. b) Corpus iuris canonici Gregorii XIII. pont. max. post emendationem absolutam editum, rec. J. H. Böhmer. Hal. 1747. 2 voll. 4°. c) Corp. iur. can. emend. etc. Post J. H. Böhmeri, curas brevi annotatione critica instructum ad exemplar Romanum denuo edidit Aem. Lud. Richter. Lips. 1833. 2 voll. 4°.

§. 4.

3) Einheimisch deutsches Recht.

Das durch die recipirten fremden Rechte uns überkommene Privatrecht ist in manchen Stücken durch gemeines einheimisch deutsches Recht in der Anwendung beschränkt oder modificirt worden. Dieses aber ist theils in deutschen Reichs- und Bundes-Gesetzen enthalten, theils besteht es als Gewohnheitsrecht, welches vorzugsweise durch die wissenschaftliche Bearbeitung des Rechts und die von dieser beherrschte gerichtliche Praxis sich gebildet hat.

Anm. 1 Die Reichsgesetze sind theils in Reichsabschieden enthalten — Reichstags-Abschiede (RA.), der jüngste von 1654 (JRA.); Reichsdeputations-Abschiede (RDA.) — theils als Reichsordnungen besonders genannt z. B. Reichspolizeiordnung von 1530, 1577, (RPO.), Notariatsordnung (NO.) von 1512, Peinliche Gerichtsordnung (PGO.) von 1532, Kammergerichtsordnung (KGO.) von 1555, — theils als einzelne Reichsbeschlüsse erlassen. Vergl. darüber: Sammlung der deutschen Reichsabschiede sammt den wichtigsten Reichsschlüssen. Frankfurt 1747. 4 Bde. Fol. C. F. Gerstlacher Handb. der deutschen Reichsgesetze in systen. Ordnung. 11 Thle. Stuttgart 1786...1794 (der 10. Thl. betrifft das Privatrecht). G. Emminghaus Corpus Juris Germanici academicum. 2 Thle. Jena 1824.

2 Zu den Bundesgesetzen gehört vor allem als Grundgesetz die deutsche Bundes-Acte vom 10. Juni 1815; dann spätere Bundesbeschlüsse. In den Jahren 1848, 1849 wurden von der damals in Frankfurt tagenden Nationalversammlung mehrere Gesetze beschlossen und durch den Reichsverweser als „Reichsgesetze" in einem sog. Reichsgesetzblatt publicirt, namentlich die Grundrechte des deutschen Volks, eine deutsche Wechselordnung u. a. Aber deren Gültigkeit, von Anfang bestritten, vermochte sich nicht zu behaupten; nur die Wechselordnung ist durch

später erfolgte Annahme von Seiten der gesetzgebenden Gewalt der einzelnen deutschen Staaten wirklich gemeinsames Recht fast aller deutschen Bundeslande und zugleich auch der nicht im Bund begriffenen Gebiete Oesterreichs und Preußens geworden, gehört aber ihrem Gegenstande nach nicht in das Pandektenrecht.

[3] Ueber das Gewohnheitsrecht vgl. vorzüglich G. F. Puchta das Gewohnheitsrecht. 2 Thle. Erlangen 1828, 1837. Savigny System des R. R. Bd. I. S. 34 . . . 38. 45 . . . 49. 76 . . . 100. 144 . . . 197; dazu Brinckmann, das Gewohnheitsrecht im gemeinen Civilrecht und Civilprozeß. Heidelberg 1847. Vgl. auch Unger System des österr. allg. Privatrechts I. §. 5. 6. — Erkenntnißmittel des gemeinen Gewohnheitsrechts sind theils Urkunden über Rechtsanwendung (Rechtsgutachten, Urtheile), theils auch die wissenschaftlichen Arbeiten über das Recht. (Vgl. Puchta Lehrb. der Pand. §. 15. 17. und unten §. 19. Anm. 5). Ueber die Rechtsquellen überhaupt vgl. noch Blume Encyklopädie der in Deutschland geltenden Rechte, erste Abth., äußere Encyklopädie; auch unter dem besondern Titel: Uebersicht der in Deutschland geltenden Rechtsquellen mit einer encyklopädischen Einleitung. Bonn 1847. 2. Ausg. 1854.

B. Gebrauch der Quellen.

§. 5.

Die Wissenschaft hat die Aufgabe, aus dem Gesammtinhalt der angegebenen Quellen das System des gemeinen Civilrechts zu gewinnen. Zu diesem Zwecke ist erforderlich 1) richtige Auffassung der in demselben enthaltenen einzelnen Rechtssätze, und 2) unter Ausscheidung des im heutigen Recht nicht mehr Gültigen, die Verbindung der gefundenen noch geltenden Rechtssätze zu einem einigen Ganzen.

1) Von der Auslegung des Inhalts der Rechtsquellen im Einzelnen.

§. 6.

Die Kenntniß der einzelnen Rechtssätze, welche den Inhalt des gemeinen Civilrechts bilden, müssen wir bei weitem größtentheils aus geschriebenen Quellen schöpfen. Die Thätigkeit, welche auf Ermittelung des Sinnes derselben gerichtet ist, nennen wir Interpretation, Auslegung, und zwar doctrinelle Interpretation, insofern sie nur nach Regeln der Wissenschaft zu Werke geht und kein anderes Ansehen als das ihrer innern Wahrheit in Anspruch nimmt.

Anm. [1] Die authentische und usuelle Interpretation von Gesetzen, die man auch wohl beide unter dem Begriff der Legalinterpretation zusammenfaßt, sind als solche nicht bloß Interpretation, sondern zugleich Gesetz oder Gewohnheitsrecht. L. 12. §. 1. Cod. de legib. 1. 14. L. 37. 38. D. de legib. 1. 3.

² Von Interpretation kann nicht bloß bei Gesetzen die Rede seyn, sondern auch bei andern Erkenntnißquellen des Rechts, welche nur Zeugniß von bestehendem Gesetzes- oder Gewohnheitsrecht geben.

³ Der Interpretation bedarf man nicht nur zur Erkenntniß des Rechts im objektiven Sinne, sondern auch zur Beurtheilung einzelner Rechtsverhältnisse, sofern diese durch Willenserklärungen oder obrigkeitliche Entscheidungen bestimmt werden. Hier ist nur in der ersten Beziehung davon die Rede.

⁴ Den Inbegriff der Regeln über Auslegung nennt man juristische Hermeneutik. Vgl. C. H. Eckhardi hermeneutica iuris. Lips. 1750. rec. Walchius. 1779. K. S. Zachariä Versuch einer allg. Hermeneutik des Rechts. Meißen 1808. W. F. Clossius Hermeneutik des R. R. im Grundrisse. Leipz. 1331. Eine vorzügliche Entwickelung dieser Lehre gibt Savigny System Bd. I. §. 32 ... 51. Dazu jetzt eine beachtenswerthe Schrift: Lang, Beiträge zur Hermeneutik des röm. Rechts. Stuttgart 1857. Vergl. auch Unger a. a. O. §. 13. 14.

§. 7.

Die Aufgabe der Interpretation einzelner Gesetze — und was von Gesetzen gilt, kann analog auch auf andere geschriebene Rechtssätze angewendet werden — ist die, den wahren und ganzen Gehalt der gesetzlichen Bestimmung zum Bewußtsein zu bringen. Zu diesem Zwecke muß man natürlich vor Allem den Sinn erforschen nach den Regeln der Grammatik und des Sprachgebrauches, grammatische Auslegung[1]. Aber das Gesetz kann wegen Mangels völliger Bestimmtheit des Ausdrucks, bloß grammatisch betrachtet, einer verschiedenen Deutung empfänglich sein, z. B. wegen Mehrdeutigkeit einzelner Worte, oder wegen Ungenauigkeit in der Verknüpfung der einzelnen Worte oder Sätze mit einander[2]. Der Ausdruck kann auch unrichtig sein, so daß der grammatische wenn gleich bestimmte Sinn der wahren Willensmeinung des Urhebers nicht entspricht[3]. Die Auslegung muß gleichwohl überall ein bestimmtes Resultat und Erkenntniß der wahren Absicht des Urhebers zu erzielen suchen[4]; daher die sog. logische Auslegung[5], deren Ergebniß also von dem grammatischen Sinn auch wohl abweichen kann (ändernde Auslegung). In Fällen der letzten Art kann sich insbesondere ergeben, bald, daß der Ausdruck enger, bald, daß er weiter ist, als es der wahren Meinung des Gesetzurhebers entspricht (ausdehnende oder einschränkende Auslegung). Anhaltspunkte der Auslegung aber gewähren hier theils der Zusammenhang des Gesetzes in sich und mit andern[6], theils der erkennbare Grund des Gesetzes (ratio legis), unter Umständen auch wohl, wenigstens

mittelbar, die äußere Veranlassung desselben (occasio legis) und die hiernach zu beurtheilende innere Angemessenheit der einen oder andern Deutung [7]. Regelmäßig muß man jedoch von der Voraussetzung ausgehen, daß der Gesetzgeber mit guter Ueberlegung den seiner Absicht entsprechenden Ausdruck gewählt und nichts ohne Bedeutung gesagt habe [8].

Anm. [1] Quum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis quaestio. L. 25. §. 1. D. de legat. III.

[2] Z. B. L. 5. Cod. in quib. caus. i. i. r. n. n. e. 2. 41: „in omnibus casibus, in quibus vetera iura currere quidem *temporales praescriptiones* concesserunt, eas ipso iure non currere." L. 30. Cod. de iure dot. 5. 12. „In rebus dotalibus, *si tamen extant*, vindicandis mulierem habere praerogativam." L. 25. D. de lib. legata. 34. 3. Sed poterit hoc dici etc.?

[3] L. 13. §. 2. D. de excusat. 27. 1. „Etsi maxime verba legis hunc habeant intellectum, tamen mens legislatoris aliud vult."

[4] L. 17. D. de legib. 1. 3. Scire leges non est verba earum tenere, sed vim ac potestatem. cf. L. 6. §. 1. D. de V. S. 50. 16.

[5] A. F. J. Thibaut Theorie der logischen Auslegung des R. R. Altona 1799. 1806. Vgl. Savigny I. §. 50. Lang a. a. O. S. 57 fg.

[6] L. 24. D. de legib. 1. 3. Incivile est, nisi tota lege perspecta, una aliqua eius particula proposita iudicare vel respondere. L. 26 . . . 28. ibid. Non est novum, ut priores leges ad posteriores trahantur. . . . Sed et posteriores leges ad priores pertinent, nisi contrariae sint.

[7] L. 19. D. de legib. 1. 3. In ambigua voce legis ea potius accipienda est significatio, quae vitio caret, praesertim quum etiam voluntas legis ex hoc colligi possit. — L. 18. ibid. Benignius leges interpretandae sunt, ut voluntas earum conservetur. — L. 25. ibid. Nulla iuris ratio aut aequitatis benignitas patitur, ut quae salubriter pro utilitate hominum introducuntur, ea nos duriore interpretatione contra ipsorum commodum producamus ad severitatem. — L. 19. D. ad exhib. 10. 4. Non oportere ius civile calumniari neque verba captari, sed qua mente quid diceretur animadvertere.

[8] Daher das sog. argumentum a contrario. — L. 22. D. de legib. Cum lex in praeteritum quid indulget, in futurum vetat. — Exceptio firmat regulam in casibus non exceptis. cf. l. 20. §. 6. D. qui test. fac. 28. 1. — Dagegen: Unius positio non est alterius exclusio.

§. 8.

Die Quellen des gemeinen Civilrechts, insbesondere des Justinianischen Rechts, bestehen ihrem Inhalte nach zum kleinsten Theile aus eigentlichen Gesetzen. Die Institutionen sind eigentlich ein Lehrbuch, worin absichtlich manches nur historisch bedeutende aufgenommen ist; die Digesten bestehen aus Bruchstücken wissen-

schaftlicher Werke einer frühern Zeit und der verschiedensten Art; ein sehr großer Theil des Codex besteht in kaiserlichen Rescripten aus verschiedener Zeit, welche regelmäßig keinen andern Zweck hatten, als den, für einzelne Fälle nach dem bestehenden Rechte die Entscheidung anzugeben. Gleichwohl ist allen darin anerkannten Rechtssätzen von Justinian die Kraft von Gesetzen beigelegt und jedes einzelne Rechtsbuch gewissermaßen als ein großes Gesetz publicirt worden. Diese Rechtssätze sind aber häufig nur durch Abstraction aus der Entscheidung einzelner Fälle abzuleiten, und dabei ist denn insbesondere nur sehr vorsichtig von dem argumentum a contrario Gebrauch zu machen. Bei der Auslegung einzelner Stellen kann man unterscheiden den Sinn, welchen sie ursprünglich hatten, und welchen sie als Bestandtheile des Justinianischen Rechts haben; duplex interpretatio (Interpolationen, emblemata Triboniani). Dabei aber ist zu beachten der ursprüngliche Verfasser und die Zeit derselben, ihre Stellung in der Compilation und ihr Verhältniß zu andern Stellen derselben.

Anm. Ueber die Ordnung der Fragmente in den Pandektentiteln vgl. Bluhme in der Ztschr. für geschichtliche Rtsw. Bd. IV. S. 257 fgg., insbesondere S. 290. fg. 366. 413. fg. Reimarus über die Inscriptionenreihen der Pandektenfragmente. Göttingen 1830. Eyssenhardt Justinians Digesten. Leipzig 1845.

§. 9.

Voraussetzung aller Auslegung ist ein auszulegender Text. Die auf Feststellung des wahren Textes gerichtete Thätigkeit heißt Kritik. Sie ist entweder niedere (diplomatische) oder höhere Kritik. Die letzte sucht, unter Benutzung des äußern Materials, welches die erste sichtet, nach innern Gründen den richtigen Text zu ermitteln, und kann dabei nicht bloß wählen unter verschiedenen beglaubigten Lesarten, sondern auch wohl ohne äußere Beglaubigung verbessernd den Text bilden (Conjecturalkritik).

Anm. 1 Ueber die Zulässigkeit der Kritik bei der Auslegung der Justinianischen Rechtsquellen vgl. Savigny System I. §. 38. 39.

2 Ueber die Geschichte der Textesrecensionen, insbesondere über das Verhältniß des Bolognesischen Textes der Digesten (Vulgata) und der Florentinischen Handschrift derselben (lectio Vulgata, Florentina oder Pisana, sodann Haloandrina oder Norica) vgl. Savigny Gesch. des R. R. im MA. Bd. III. §. 164. fgg. Böcking a. a. O. S. *13 fg.

3 Einzelne bei der Kritik zu beachtende Punkte sind namentlich: 1) der Mangel der Interpunction in den Handschriften, z. B. L. 44. D. de donat.

int. v. et. u. 24. 1. L. 25. D. de lib. leg. 34. 3. 2) Geminationen, z. B. L. 208. D. de V. S. „*singulares (res)*"; L. 24. pr. D. de minor. 4. 4. „*facerecusaverit*". 3) Versetzung einzelner Worte, Sylben oder Buchstaben, z. B. *pars hodie* statt *rhapsodiae*, in L. 52. §. 2. D. de legat. III. (32). 4) unrichtige Auflösung von Siglen, z. B. *fideicommissi causa* in L. 8. pr. D. qui et a quib. 40. 9., vielleicht *fraudandorum creditorum causa (f. c. c.)*; in L. 31. pr. D. de usucap. 41. 3. *errorem*, wahrscheinlich *errorem m.*, d. i. *errorem modo;* in Ulp. fragm. VI. §. 6. *r. u.* d. i. *rei uxoriae*, nicht *revera*. Vgl. Huschke kleine kritische Vers. in Linde's Zeitschr. n. F. II. 6. IV. 9. V. 2. Buchholtz das. XII. 5.

4 In Betreff der Benutzung des griechischen Textes Justinianischer Rechtsquellen, insbesondere über das Verhältniß des griechischen Novellentextes zu der von den Glossatoren als authentischer Text behandelten Uebersetzung (authenticum, versio vulgata, §. 2. Anm. 2.) vgl. Osenbrüggen über die praktische Autorität des griechischen Textes und der versio vulgata der Novellen, in der Zeitschr. für Civilrecht und Proc. Bd. XVII. 11. Majer in ders. Zeitschr. n. F. V. 7.

2) Auslegung der Quellen im Ganzen.

§. 10.

In dem Umfange der gesammten Quellen finden sich häufig einander widerstreitende Bestimmungen. Es fragt sich, wornach ist in solchem Falle zu entscheiden?[1] In dieser Beziehung kommt vorzüglich die Regel in Betracht, daß das neuere Recht dem ältern vorgehe, wobei jedoch zu beachten ist, daß die Aufhebung einer ältern Regel nicht nothwendig auch die Aufhebung eines neben derselben bestandenen Ausnahmesatzes mit sich bringt[2].

Anm. 1 Vgl. Savigny a. a. O. §. 42...46.

2 Lex posterior (ius posterius) derogat priori; lex posterior generalis non derogat priori speciali. Vgl. A. F. J. Thibaut civilist. Abhandl. Heidelb. 1814. Abh. VII.

§. 11.

Nach obiger Regel hat vorerst die heutige feststehende Praxis den Vorzug vor allen übrigen Quellen des gemeinen Civilrechts. Demnächst folgen die Reichsgesetze. Dann hat auch das canonische Recht, obwohl es in Deutschland gleichzeitig mit dem römischen Rechte recipirt worden ist, als neueres Recht doch regelmäßig den Vorzug vor diesem, sofern nicht in einzelnen Punkten ein abweichender Gerichtsgebrauch erweislich vorliegt.

§. 12.

Auch das Verhältniß der verschiedenen Bestandtheile der einzelnen Hauptclassen unserer Quellen (§. 2 ... 4) läßt sich großentheils nach derselben Regel bestimmen. Die jüngeren Reichsgesetze haben vor älteren den Vorzug, die spätern Sammlungen canonischen Rechtes vor den frühern. Desgleichen auch gehen die Novellen Justinians allen übrigen Bestandtheilen des Justinianischen Rechts, und die jüngern den ältern Novellen vor. Dagegen kann über das Verhältniß der Institutionen, Pandekten und des Codex zu einander jene Regel nicht schlechthin entscheiden, da diese Rechtsbücher, obwohl nicht völlig gleichzeitig publicirt, von Justinian doch als Ein zusammenhängendes Ganzes, worin sich unvereinbare Widersprüche nicht finden sollten, gedacht und mit gesetzlicher Kraft versehen worden sind.

Anm. [1] Const. *Dedit* oder *Tanta* §. 23. Leges autem nostras, quae in his codicibus, i. e. Institutionum et Digestorum posuimus, suum obtinere robur ex tertio nostro felicissimo consulatu praesentis duodecimae indictionis, tertio Calendas Januarias (d. i. 30. Dec. 533.).

[2] Const. *Cordi* §. 4. ... Iussimus eum (codicem repetitae praelectionis) in omnibus iudiciis solum, quantum ad divales constitutiones pertinet, frequentari ex die quarto Calendas Januarii, quarti nostri felicissimi consulatus (d. i. 29. Dec. 534).

§. 13.

Finden sich nun gleichwohl Widersprüche in den drei Justinianischen Rechtsbüchern, so muß vor Allem eine Vereinigung der widersprechenden Stellen versucht werden, und zwar ist man dabei selbst zu etwas künstlichem Verfahren im Nothfall berechtigt [1]. Die Vereinigung aber kann theils nach systematischen theils nach historischen Gesichtspunkten erzielt werden: das eine, indem man die eine Stelle nur als die andre näher bestimmend oder beschränkend auffaßt; das andre, indem man nachweiset, daß die eine Stelle wirklich den wahren bleibenden Gedanken der Gesetzgebung ausspreche, die andre nur historisch bedeutendes Material enthalte [2]. Wenn aber eine Vereinigung der widerstreitenden Stellen nicht zu erreichen ist (Antinomie), so bleibt nichts übrig, als diejenige Entscheidung anzunehmen, zu welcher, wenn keine der widerstreitenden Stellen vorläge, die Consequenz der anerkannten Grundsätze von selbst hinführen würde [3].

Anm. [1] Const. *Tanta* §. 15. Contrarium autem aliquid in hoc codice positum nullum sibi locum vindicabit nec invenitur, *si quis subtili animo diversitatis rationes excutiet;* sed est aliquid novum inventum vel occulte positum, quod dissonantiae querelam dissolvit et aliam naturam inducit discordiae fines effugientem.

[2] Const. *Deo auctore* §. 10. Sed et si quae leges in veteribus libris positae jam in desuetudinem abierunt, nullo modo vobis easdem ponere permittimus. — Const. *summa* §. 1.... tollendis contrariis constitutionibus, quae posteriore promulgatione vacuatae sunt. — Prooem. instit. §. 3.... tam aures quam animae vestrae nihil inutile nihilque perperam positum, sed quod in ipsis rerum obtinet argumentis, accipiant. cf. §. 5. In quibus breviter expositum est et quod antea obtinebat et quod postea desuetudine inumbratum imperiali remedio illuminatum est. — Vgl. auch nov. 89. cap. 7. Quam (*sc.* constitutionem) scribi ideo solummodo permisimus, ut eos, quibus illa forte constitutio prodest,... non hac utilitate privaremus; sicut etiam Anastasii piae memoriae, quae naturales adoptare contribuit,... nonnisi ad hoc positam solummodo sinimus, ut, si qua utilitas aliquibus inde reposita est, hanc non videamur per nostras amputare leges. Vgl. Savigny a. a. O. S. 272. fg.

[3] Ein ausgiebiges, freilich sehr äußerliches Mittel zur Beseitigung von Antinomien gibt F. E. Schmidt an: Methode der Auslegung der Justinianischen Rechtsbücher. Kiel 1855. §. 37 fg., indem er ein ungebührliches Gewicht auf den Titel legt, in welchem eine Stelle steht. Vgl. dagegen die krit. Ueberschau III. S. 485.

§. 14.

Finden wir den Inhalt der vorliegenden Rechtsquellen nicht ausreichend zur Entscheidung einer sich ergebenden Rechtsfrage, so müssen wir diese Lücke durch Analogie auszufüllen und jene Frage sonach im Geiste des bestehenden Rechts zu beantworten suchen.

Anm. Vgl. Savigny a. a. O. S. 290...296. Unger a. a. O. §. 10. 11. (Gesetzesanalogie, Rechtsanalogie).

§. 15.

Als Hülfsmittel zum bessern Verständniß der Justinianischen Rechtsquellen können einerseits die Ueberbleibsel des ältern römischen Rechts [1], andererseits die spätern, namentlich die griechischen Bearbeitungen des Justinianischen Rechts [2] dienen.

Anm. [1] Die vollständigste Sammlung davon gibt das seit 1833 in Bonn erscheinende corpus iuris romani anteiustiniani. Am wichtigsten sind für die Interpretation des Justinianischen Rechts die erhaltenen Schriften von Gajus, Ulpian, Paulus; die fragmenta Vaticana und die collatio leg. Mos. et Rom.; dann der Theodosische Codex mit den spätern Novellen. Vgl. Böcking Inst. I. §. 18...20. 22.

[2] Die wichtigsten sind: die Paraphrase der Institutionen von Theophilus (Ausgabe von Reitz, im Haag 1751. 2 Bde. 4.), die Basiliken (neue Ausg. von Heimbach, in 5 Bdn., Leipzig 1833 ... 1850. 4.), das Prochiron von Basilius, Constantin und Leo (Ausgabe von Zachariä, Heidelb. 1837. 8.) und das Prochiron des Harmenopulus (neueste Ausgabe von G. E. Heimbach, Leipz. 1851.); dann Juliani epitome novellarum, wovon eine neue Ausgabe von G. Hänel zu erwarten ist. Vgl. Böcking a. a. O. §. 23. 24.

III. Litteratur des Pandektenrechts.

§. 16.

Seit dem Aufblühen der neuern Jurisprudenz auf der Rechtsschule zu Bologna ging man in der Bearbeitung des Rechts zunächst exegetisch zu Werke. Die Glossen der Rechtslehrer daselbst, und so auch die vorzugsweise „Glosse" genannte Zusammenstellung derselben von Accursius, bilden eine fortlaufende Exegese des Corpus Juris [1]. Und noch im 16. Jahrhundert war diese exegetische Methode vorherrschend, in welcher Zeit vorzüglich die Leistungen der französischen Juristenschule hervorragen [2].

Anm. [1] Ueber die Glosse des Accursius vgl. Savigny Gesch. des R. R. V. §. 91. fg. — Ueber die Controversen der Glossatoren: Dissensiones Dominorum, edid. et illustr. G. Haenel. Lipsiae 1834. Savigny a. a. O §. 86. fg.

[2] Vorzüglich hervorzuheben sind die Werke des Jakob Cujas († 1590). — Jacobi Cuiacii opera omnia cura C. A. Fabroti. Paris 1658. 10 voll. fol., studio L. Ranii. Neap. 1722. 11 voll. fol. — Dazu Dominici Albanensis promptuarium univ. opp. Jac. Cuiacii. Neap. 1763. Mutin. 1765. 2 voll. fol.

[3] Als exegetische Commentatoren Justinianischer Rechtsquellen sind außerdem unter Andern zu nennen a) für die Institutionen: Balduin († 1573), Hotmann († 1590), Giphanius († 1604), Janus a Costa († 1637), Bachofen von Echt († 1635), Vinnius († 1657), neuerdings Schrader in seiner Ausgabe (§. 2. Anm. 5. a. E.). b) für die Digesten oder einzelne Theile derselben Odofredus († 1265), Alciat († 1550), Duaren († 1559), Donellus († 1624), Brunnemann († 1670) c) für den Codex: Azo († 1230), Odofredus, Donellus, Giphanius, Wissenbach († 1665), Perez († 1674), Brunnemann. d) für die Novellen: Rittershausen (Rittershusii Jus Justinianeum etc. 1615.). — Exegetische Schriften über vermischte einzelne Stellen gibt es viele unter dem Titel: observationes, interpretationes, emendationes.

[4] Fortlaufende Nachweisungen zur Interpretation der Digesten geben A. Schultingii notae ad Dig., edid. et animadv. adiecit N. Smallenburg. Lugd. Bat. 1804 ... 1835. 7 voll. 8. — Lexikographische Hülfsmittel der Exegese sind: B. Brissonius de verborum, quae ad ius pertinent, significatione. Lugd. 1559. fol. cura Heineccii, Halis Sax. 1743. fol. mit den Supplementen von Wunderlich (Hamb. 1778. fol.) und Cramer (Kiliae 1813. 4.);

H. E. Dirksen, Manuale latinitatis font. iur. civ. Rom. Berol. 1837. 4. H. G. Heumann, Handlexikon zu den Quellen des röm. Rechts. 2. Aufl. Jena. 1851. — Auch eine deutsche Uebersetzung des Corpus Juris haben wir, herausgeg. von Otto, Schilling u. Sintenis, Leipzig 1830 . . . 1833.

§. 17.

Seit dem 16. Jahrhundert wurde es, namentlich in Deutschland und Holland, üblich, umfassende Vorträge über das Civilrecht nach der Titelfolge der Justinianischen Institutionen oder Pandekten zu halten (sog. Legalordnung), indem man in jedem Titel die durch die Rubrik bezeichnete Materie in freier Darstellung abhandelte; in dieser Art wurden dann auch viele Bücher geschrieben.

Anm. Es gehören hieher unter andern: 1) M. Wesenbecii Comment. in Pandectas iur. civ. et Cod. Just. (Paratitla) 1568. aucta ab A. Vinnio Lugd. Bat. 1649. 2) J. Meieri Collegium Argentoratense Argent. 1616. 1657. 3) Ulr. Huberi praelect. iur. civ. (p. II. III.) 1689. 90., cura Menkenii Lipsiae 1707. Frcf. et Lipsiae 1749. 4) W. A. Lauterbach Colleg. theoretico-practicum Pandectarum. Tub. 1690 . . . 1711 etc. Dazu Sam. de Cocceji Jus civ. controversum. Lips. 1710. 1766. 5) J. Voetii Comm. ad Pandectas. Coll. Allobrog. 1699 etc. 6) Joh. Schilteri praxis iur. rom. in foro german. Jen. 1675. 1698 etc. 7) J. O. Westenberg principia iur. sec. ord. Dig. Harderov. 1712. Berol. 1814. 8) Ger. Noodt Comm. in 27 libros. Dig. Lugd. Bat. 1716 etc. 9) Sam. Strykii usus modernus pandectarum. 1690. etc. 1746. 10) R. J. Pothier Pandectae Justinianeae in novum ordinem digestae. Aur. 1748. etc. 11) J. A. Hellfeld jurisprud. forensis. Jen. 1764. 12) Ch. F. v. Glück Ausführl. Erläuterung der Pandekten nach Hellfeld. Erlangen 1790 . . . 1830. (34 Bde. ohne die Register), fortges. von Ch. F. Mühlenbruch 1832 . . . 1843. Bd. 35 . . . 43., weiter fortgesetzt von E. Fein 1851. fg. Bd. 44. 45. (reicht jetzt bis zum Ende des 29. Buchs der Pandekten). Dazu C. F. v. Reinhardt Ergänzungen zu Glück's Erläutr. 4 Bde. 1833 . . . 1840. 13) J. F. Malblanc principia iur. rom. Tub. 1801. 1802.

§. 18.

Schon im 16. und 17. Jahrhundert wurden auch einzelne Versuche gemacht, das Civilrecht nach einer eigenen an die Quellen sich nicht bindenden Ordnung systematisch darzustellen [1]. In der neuern Zeit, seit dem Ende des vorigen Jahrhunderts, ist diese Methode, namentlich in Deutschland, die herrschende geworden, und die Vorträge nach der Legalordnung sind außer Gebrauch gekommen. Abgesehen von einem sogenannten allgemeinen Theil, schließen sich diese neueren systematischen Anordnungen theils dem römischen Institutionensystem an, wie man dasselbe aufzufassen

pflegte[2], jedoch nicht ohne mehr oder minder erhebliche Abweichungen[3], zum Theil aber sagen sie sich ganz davon los[4].

Anm. [1] Dahin gehören a) Fr. Connani comment. iur. civ. libri X. Paris 1553. Neap. 1724. b) Hug. Donelli comment. iur. civ. libri I...XI. Frcf. 1589. 90., vollständig in 28 Büchern nach des Vf. Tode herausgegeben von Scipio Gentilis 1595...1597. u. Hannoviae 1612. 1626. fol., neuerdings von J. K. Koenig und C. Bucher in 16 Bdn. 8. Norimbergae 1801...1834. c) Nic. Vigellii methodus univ. iur. civ. Frcf. 1628. d) H. Vulteji iurisprud. rom. lib. II. Hannov. 1652. e) J. Domat, Les loix civiles dans leur ordre naturel. Paris 1689.

[2] Ueber das System der Institutionen vgl. vorzüglich Böcking a. a. O. Anh. VI. und dessen Anhang zu der Ausg. des Gaius im Bonner corpus juris anteiust., so wie zu der besondern (vierten) Ausgabe desselben (Lipsiae. 1855).

[3] Dahin gehört a) schon J. H. de Berger oeconomia iuris ad usum hodiernum accomodata. Lips. 1712. etc. neueste Ausgabe von Haubold 1801. b) C. C. Hofacker principia iur. rom. germ. tom. 1. Tub. 1788. tom. 2. 3. cura Gmelin 1794. 98., ed. 2. 1800...1803. c) G. Hugo Lehrb. des heut. R. R. 2. Ausg. 1798. 7. Ausg. 1826. d) A. F. J. Thibaut System des Pandektenrechts. Jena 1803. 7. Ausgabe 1827. e) F. Mackeldey Lehrbuch des heutigen R. R. Gießen 1814. 6. Ausg. 1825. f) Ch. F. Mühlenbruch doctrina pandectarum. Hal. 1823. edit. 2. 1826. 27. g) K. A. v. Vangerow Leitfaden für Pandektenvorlesungen (ein Grundriß mit Quellen-Chrestomathie, werthvoll durch viele ausführliche Anmerkungen, die vorzüglich Controversen besprechen). Marburg und Leipzig 1839. fgg. 3 Bde. Sechste vermehrte und verbesserte Auflage mit dem Titel: Lehrbuch der Pandekten, Bd. 1...3. Marburg 1851...1856. — Ein nach diesem System geordnetes Examinatorium mit einer Uebersicht der civilistischen Controversen gewährt R. v. Holzschuher Theorie und Casuistik des gemeinen Civilrechts, ein Handb. für Praktiker. Bd. 1. Lpz. 1843. Bd. 2. in 2 Abth. 1845. 1847. 2. Ausg. 1855...1858. — Das Institutionensystem (mit der Dreitheilung „Personen, Sachen, Handlungen") legt jetzt auch zum Grunde A. Brinz, Lehrb. der Pandekten 1. Abth. Erlangen 18[illegible]., aber nach eigenthümlicher Auffassung und in der Ausführung sowohl von den Institutionen selbst, als von den oben genannten Werken wesentlich abweichend.

[4] Dahin gehört a) L. G. Madihn principia iuris rom. Frcf. 1791. b) G. Hugo Lehrb. 1. Ausg. 1789. Die in diesem Lehrbuch aufgestellte Anordnung wurde weiter ausgeführt c) von A. Heise in seinem Grundriß eines Systems des gem. Civilrechts. Heidelb. 1807. und öfter; und nach diesem Grundrisse bearbeitete J. N. v. Wening-Ingenheim sein Lehrb. des gem. Civilrechts. 3 Bde. München 1822...25. 5. Ausg. von Fritz 1836. 37. Dieselbe Ordnung in den Haupttheilen (allgemeine Lehre, Sachenrecht, Obligationenrecht, Familienrecht, Erbrecht) befolgen: d) A. Schweppe, das röm. Privatrecht in seiner Anwendung auf deutsche Gerichte. Altona 1814. vierte als Handbuch verarbeitete Ausg. Gött. 1828...34. 5 Bde., die 3 letzten herausgegeb. von Meyer. e) Mackeldey's Lehrbuch von der 7. Ausgabe an, die 11. u. 12. Ausgabe besorgt durch Roßhirt 1838. 1843, die 13. besorgt durch Fritz 1851. f) Mühlenbruchs doctrina

pandectarum, von der 3. Ausg. an, so wie das darnach bearbeitete deutsche Lehrb. des Pandektenrechts von demselben. 3 Bde., vierte Ausgabe von Madai 1844. g) J. A. Seuffert praktisches Pandektenrecht, 3 Bde., Würzburg 1824., 3. Ausg. 1852. h) Haimberger ius rom. privatum idque purum, Leopoli 1829. 1830. IV. tomi, deutsch Wien 1835. i) J. F. L. Göschen Vorlesungen über das gemeine Civilrecht, herausgeg. von Errleben. Gött. 1839...40. 3 Bde. in 5 Abtheil. k) C. F. F. Sintenis das praktische gemeine Civilrecht. 3 Bde. Lpzg. 1844...51. Ferner gehören dahin l) Thibaut System in der 8. Ausg. 1834. 2 Bde., 9. Ausg. von A. v. Buchholtz 1846. m) G. F. Puchta Lehrb. d. Pandekten. Leipzig 1838. fünfte Aufl. von Rudorff 1850., 8. Ausg. 1856. Dazu des Vf. Vorlesungen 2 Bde. 1847...48., 4. Aufl. 1854. n) J. F. Kierulff Theorie des gemeinen Civilrechts. Bd. 1. Altona 1839. o) C. F. Roßhirt gem. deutsches Civilrecht. Heidelb. 1840. Besonders hervorzuheben ist endlich p) F. C. v. Savigny System des heutigen R. Rts. 8 Bde., die allgemeinen Lehren enthaltend, Berlin 1840...1849. Register dazu 1851. Die übrigen Lehren beabsichtigt der Verfasser in einer Reihe von Monographien abzuhandeln, und zwar zunächst das Obligationenrecht, wovon bis jetzt 2 Bde. erschienen sind. (§. 201. Anm. 1.). — Unter vielen Grundrissen sind außer dem Heise'schen namentlich hervorzuheben: α) Fr. Blume, Grundriss des Pandektenrechts, Halle 1829, mit einem Quellenregister, 2. Ausg., Bonn 1844. β) Ed. Böcking, Pandekten, ein Lehrbuch des gemeinen, auf das römische Recht gegründeten Civilrechts im Grundrisse, vierte Ausgabe, Bonn 1852 (schätzbar durch sehr reiche Quellen und Literatur-Angaben und durch viele treffende Bemerkungen und Andeutungen). In naher Beziehung zu dem letzten Buche stehen desselben Verfassers: Pandekten des röm. Privatrechts oder Institutionen des gemeinen deutschen Civilrechts, auch mit dem Titel: „Einleitung in die Pandekten des gemeinen d. Civilrechts", Bd. 1., zweite Aufl. Bonn 1853. Bd. 2. Leipzig 1855. fg. γ) F. J. Dworzak System des röm. Privatrechts im Grundrisse. Wien 1856. C. Esmarch Grundsätze des Pandektenrechtes. 1. Heft, Wien 1859.

[5] Von den genannten Werken gehen manche über das Pandektenrecht nach dem in §. 1. gegebenen Begriffe hinaus, indem sie das heutige Privatrecht auch, so weit es nicht vorzugsweise auf römischem Recht beruht, in ihren Kreis ziehen (z. B. Anm. 3. a. b. Anm. 4. o.), während andere auf das reine römische Recht ohne Rücksicht auf seine heutige Geltung sich beschränken (so Anm. 4. h.). Einen neuen Versuch der ersten Art enthält: A. C. J. Schmid Handbuch des gegenwärtig geltenden gemeinen deutschen bürgerlichen Rechts. Besonderer Thl. Bd. 1. 2. Leipzg. 1847. 48., und mit partikularrechtlicher Richtung C. G. Wächter Handbuch des im Königreiche Württemberg geltenden Privatrechts. Stuttgart 1845 fgg., und dazu: Erörterungen aus dem römischen, deutschen und württembergischen Privatrecht. Heft 1...3. Stuttgart 1845. 1846. Damit zu vergleichen J. Unger, System des österr. allgemeinen Privatrechts. Bd. 1. Leipzig 1856. Bd. 2. 1859.

[6] Die in §. 17. 18. genannten Lehr- und Handbücher werden in der Folge der Kürze wegen nur durch Angabe des Namens der Verfasser bezeichnet werden, insbesondere die von Savigny, Sintenis und Vangerow durch die Abkürzungen: Sav., Sint., Vang.; die beiden unter 5. β angeführten Werke werden unterschieden als Böcking's Pand. und Inst.

§. 19.

Sehr reichhaltig ist die civilistische Literatur an Bearbeitungen einzelner Rechtslehren und Erörterungen über einzelne Fragen. Diese werden, so weit es für den Zweck dieses Lehrbuchs angemessen scheint, gelegentlich angeführt werden. Es gibt aber auch manche Werke, welche eine Sammlung von verschiedenartigen Schriften und Abhandlungen über verschiedene Gegenstände enthalten, theils von denselben, theils von verschiedenen Verfassern.

Anm. Wir erwähnen unter andern:

1) Gesammelte Werke: Cuiacii opera (§. 16.) Duareni opera Frcf. 1607. Donelli Luccae 1762...70. Augustini ibid. 1765...74. Noodtii Lugd. Bat. 1767. Bynkershoeckii ibid. 1766. Brissonii opera minora Lugd. Bat. 1747. Jac. Gothofredi ibid. 1733. Heineccii Genev. 1765...79.; eiusdem sylloge opusc. Halis 1735. Conradi opusc. Brem. 1777. scripta minora Hal. 1823. Schultingii comment. acad. Hal. 1770...74. Hauboldi opusc. Lips. 1825. 29. Bieneri opusc. 1830. Wenckii 1834.

2) Vermischte Abhandlungen, von demselben Verf. herausgeg.: A. Faber de error. pragmaticorum et interpretum. Ludg. 1598. Hertii commentationes Frcf. 1737. J. H. Böhmer exercitat. ad. pand. Götting. et Hannov. 1745...64. G. L. Böhmer electa iur. civ. Gött. 1767...78. Gebrüder Overbek, Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien, 11 Bde., Hannover 1796...1807. Thibaut Versuche über einzelne Theile der Theorie des Rechts. Jena 1798. 1801. (2. Ausg. 1817.) Desselben civ. Abhandl. Heidelb. 1814. Feuerbach civ. Versuche. Gießen 1803. Schöman Handb. des Civilrts. Gießen 1806. Schrader Abh. aus dem Civilrt. Hannov. 1808. Civ. Abhandl. Weimar 816. Unterholzner jur. Abh. München 1810. Neustetel und Zimmern römisch-rechtl. Unters. Heidelb. 1822. Puchta civ. Abh. Lpz. 1823. Francke civ. Abh. Gött. 1826. Beiträge zur Erläuterung einz. Rechtsmaterien. 1828. Heise und Cropp Jur. Abh. Hamb. 1827. 30. Huschke Studien des R. Rts. Bd. 1. Breslau 1830. Buchholtz Versuche. Königsb. 1831. jur. Abh. 1833. Büchel civilrtl. Erörter. Marb. 1832...39. Müller civ. Abh. Gießen 1833. W. Sell Versuche. Gießen 1833. 34. Arndts Beiträge. Bonn 1837. Madai Beiträge zur Dogmengeschichte. Riga und Leipzig 1839. von der Pfordten Abh. Erlang. 1840. Heyer Abh. Gießen 1841. Schmidt (von Ilmenau) Abh. Jena 1841. Ihering Abh. Leipzig 1844. Ortloff, Heimbach, Schüler und Guyet jur. Abh. und Rechtsfälle. Jena 1847. Bachofen auserwählte Lehren des Civilrts. Bonn 1848. Dernburg Abh. Frankfurt. 1849. Savigny vermischte Schriften, 5 Bde. Berlin 1850. Puchta kleine civilistische Schriften herausgeg. von Rudorff. Leipzig 1852. Scheurl Beiträge. Erlangen 1853. 1855.

3) Sammlungen von Abhandlungen verschiedener Verfasser: a) Tractatus universi turis (sog. tractatus tractatuum) Venet. 1854. fgg. 23 Bde. Fol. b) Ottonis thesaurus iur. rom. Lugd. Bat 1725...29. 4 voll. Traiecti 1633...35. 5 voll. c) F. Heineccii jurisprud. rom. et attica. Lugd. Bat.

1738...41. 3 voll. d) Meermanni nov. thes. iur. Hagae com. 1751...53. 7 tom. fol. (supplem. 1780.) Oelrichs thesaur. dissertat. iurid. in acad. Belg. hab. 1769. 70. 2 voll. in 6 tom. Novus thes. Brem 1771...82. 3 voll. in 6 tom. f) Rechtslexikon für Juristen aller deutschen Staaten, bearbeitet von Arndts, Beck u. s. w., redigirt von Weiske, Lpzg. 1836 fgg., 12 Bde. Dieß Werk wird allegirt mit: Rtslex.

4) Zeitschriften, welche Abhandlungen verschiedener Verfasser aufgenommen: a) Hagemann und Günther Archiv für theoretische und praktische Rtsgelehrsamkeit. Braunschweig 1788...92. 6 Bde. b) Hugo civ. Magazin. Berlin 1791...1837. 6 Bde. c) Grolmann und Löhr Magazin f. Philos. u. Gesch. des Rechts u. der Gesetzgebung (s. Rtsw. u. Gstzg.) 4 Bde. Gießen 1800...1807. 1820...25. 1844. (allegirt mit: Löhr's Mag.) d) Savigny, Eichhorn und Göschen (später Klenze, jetzt Rudorff) Zeitschrift für geschichtliche Rtsw. Berlin 1815. fgg. bis jetzt 15 Bde. e) Archiv für civ. Praxis, herausgeg. seit 1814 in Heidelb. von Gensler, Mittermaier und Schweizer, dann von Löhr, Mittermaier, Thibaut, nachher noch Linde, Mühlenbruch, Wächter, Franke, Vangerow, bis jetzt 40 Bde. (allegirt mit: civ. Arch.) f) Zeitschr. für Civilrt. und Proceß, von Linde, Marezoll und Wening-Ingenheim (nachher Schröter) Gießen 1827. fgg. 20 Bde. (allegirt mit: Linde's Ztschr.), neue Folge bis jetzt 14 Bde. (allegirt mit: Linde's Ztschr. n. F.) g) Rheinisches Museum für Jurisprudenz, zuerst von Hasse, dann von Blume, Böcking, Bethmann-Hollweg, Puggé, Puchta und Unterholzner, Bonn 1827...29. Gött. 1833...35. 7 Bde. (allegirt mit: Rh. Mus.) h) Themis, Ztschr. für prakt. Rtsw., herausgeg. von Elvers. Göttingen 1827...30. 2 Bde. neue Folge Bd. 1. 1838...1841. i) Ztschr. für Civil- und Criminalrecht von Roßhirt (und Warnkönig). Heidelb. 1830. fgg., bis jetzt 6 Bde. k) Jahrb. für historische und dogmatische Bearbeitung des röm. Rts., von K. und W. Sell. Braunschweig 1841. fgg., bis jetzt 3 Bde. l) Archiv für praktische Rechtsw. herausgeg. von Schäffer, Seitz und Hoffmann. Regensburg 1852...57. Bd. 1...5. m) Jahrbücher für d. Dogmatik des römischen und deutschen Privatrechts von Gerber und Ihering. Jena 1857. fg. n) Jahrbuch für gemeines deutsches Recht von Bekker und Muther. Halle 1857. fg. o) Magazin für Rechts- und Staats-Wissenschaft, mit besonderer Rücksicht auf das österreichische Kaiserreich, von Haimerl, 1849...1857; statt dessen von 1858 an „österreichische Vierteljahrsschrift für Rechts- und Staatswissenschaft."

5) Sammlungen von praktischen Erörterungen: Fabri Codex definitionum forensium in Sabaud. senatu tractat. (sog. Codex Fabrianus). Gen. 1605. Vulteji consilia et responsa facult. iurid. Marpurg. 1611. fg. Carpzow jurisprud. forensis romano-saxonica. 1638. responsa 1642. decisiones 1646. fg. Mevii decisiones Wismariensis tribunalis. 1664 fg. Harprecht consilia Tubingensia. 1695 fgg. Wernher selectae observationes forenses. 1710 fgg. J. H. Böhmer consultationes et decis. 1733 fgg. Pufendorf observ. iur. univ., quibus praecipue res iudicatae summi tribunalis (in Celle) continentur. 1744 fgg. Strube rechtliche Bedenken. Hannov. 1761 fgg., neue Ausg. mit veränderter Ordnung von Spangenberg 1827. fgg. Pütter auserlesene Rechtsfälle 1768 fg. Hommel rhapsodia quaestionum in foro

obvenientium. 1765. fgg. Kind quaestiones forenses, observ. ac decis. saxon. supr. tribun. illustr. 1792 fgg. Bülow u. Hagemann, später Spangenberg, prakt. Erörterungen mit Urtheilssprüchen des Zelle'schen Tribunals u. s. w. 1798 fgg. G. L. Böhmer auserlesene Rechtsfälle 1799 fg. Gottschalk selecta disceptat. forens. capita. Additae decis. saxon. supr. tribun. 1816. fgg. Ackermann Rechtsätze mit Erkenntnissen des OAG. zu Dresden. 1850. fg. Collectio notab. decis. supremi tribun. hassocasselani. 1768...1821. (Bd. 13 u. fgg. herausgegeben v. Pfeiffer, unter besonderm Titel) Pfeiffer praktische Ausführungen, mit Erkenntnissen des OAG. zu Cassel. 1825 fgg. Strippelmann, neue Samml. bemerkensw. Entsch. desselben OAG. 1842 fgg. von der Nahmer, Sammlung der merkw. Entscheidungen des Nassauischen OAG. 1824. fg. fortgesetzt von Flach 1842 fg. Arends Sammlung interessanter Erkenntnisse aus dem gemeinen und bayer. Civilrecht und Civilproceß. 1849. fgg. Seuffert Blätter für Rechtsanwendung, vorzüglich in Bayern, 1837 fgg. Ein vorzüglich brauchbares Repertorium der Praxis der Gegenwart ist: Seuffert's Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichtshöfe in Deutschland. München 1847. fgg. bis jetzt 11 Bde. nebst Register über die 10 ersten Bde.

6) Civilrechtsfälle ohne Entscheidungen, zu akademischem Zwecke zusammengestellt von R. Jhering. 1. Heft. Leipzig 1847. — Rechtsfälle zu Puchta's Pandekten für den academischen Gebrauch zusammengestellt von Girtanner, Jena 1852. — Vgl. auch: Pandektenpracticum oder Chrestomathie aller in besondern Beispielen und Rechtsfällen aufgestellten und entschiedenen Rechtsfragen von A. Eckert, Heidelberg 1853.

7) Controversensammlungen: a) Lüder-Mencke gymnasium polemicum iuris. 1689. fgg. b) Rivinus systema iurisprud. polem. 1753. c) Walch introductio in controversias iur. civ. 1771. 1810. Vgl. auch oben §. 16. Anm. 1. §. 17. Nr. 4. §. 10. Anm. 3. a. E.

8) Kritische Zeitschriften für Rtsw.: a) Juridisches Archiv von Danz, Gmelin und Tafinger. Tübingen 1801. fgg. 5 Bde. b) Krit. Ztschr. für Rtsw. von Mohl, Scheurl, Schrader u. Wächter. Tübingen 1826. fgg. 6 Bde. c) Jahrbücher der jur. Litt., herausg. von Schunk. Erlangen 1826. fgg. 22 Bde. d) Kritische Jahrb. für deutsche Rtsw. von Richter, dann auch Schneider, zuletzt allein von diesem. Leipzig 1837...1848. e) Kritische Zeitschr. für die gesammte Rtsw. hrsgeg. von Brinckmann, Dernburg, Kleinschrod, Marquardsen und Pagenstecher, jetzt von Dernburg, Hillebrand, Marquardsen und Stintzing, Heidelberg 1852. fg. f) Kritische Ueberschau der deutschen Gesetzgebung und Rtsw., hrsgeg. von Arndts, Bluntschli und Pözl, München 1853. fg. g) Jahrbücher der deutschen Rechtswissenschaft und Gesetzgebung, hrsgeg. von Schletter. 1854. fg.

§. 20.

Vollständigere literarische Angaben findet man in verschiedenen literarhistorischen und bibliographischen Werken, namentlich: H. J. O. König Lehrbuch der jur. Literatur. 2 Thle. Halle 1785. M. Lipenii biblioth. realis iuridica, post Struvii et Jenichenii curas multis accessionibus aucta. Lipsiae 1757. 2 voll. fol.

mit den Suppl. von Schott 1775. Senckenberg 1789. Madihn 1816. 1832. B. G. Struvii biblioth. iuris selecta ed. 8. cura Buderi. Jen. 1756. C. Ch. Westphal system. Anleit. z. Kenntniß der besten Bücher in der Rechtsgelehrtheit. 3. Ausg. Leipz. 1791. Haubold institutiones iur. rom. litt. tom. I. Lipsiae 1809. ed. 2. 1826. Ersch Litteratur der Jurisp. und Politik. Ausg. von Koppe. Leipz. 1823. Ulmenstein biblioth. iur. civ. selecta. Berol. 1821...1823. 3 tom. Engelmann bibl. jurid. Leipz. 1840. — Schröter repertorium iur. consultatorium 1793. 99. 2 tom. fol. Rössig Repertorium der in den seit 1790 erschienenen praktisch jur. Sammlungen befindlichen Aufsätze und Fälle. Leipz. 1802. Sickel Repertorium über die 1802...1834 erschienenen Sammlungen von jur. Aufsätzen und Entscheidungen. Leipzig 1835. 2 Bde. Kappler jur. Promtuarium des 19. Jahrhunderts (mit Ausschließung des Criminalrechts). Stuttg. 1835. Walther Handlexikon der jurist. Litteratur des 19. Jahrhunderts 1. Hälfte 1854. Vgl. auch das Lexicon litteraturae accademico-iuridicae in libraria Göthiana venalium. Lipsiae 1838. 2 tom.

Erstes Buch.

Von den Rechten im Allgemeinen.

Erstes Capitel.

Begriff und Eintheilung der Rechte.

§. 21.

I. Begriff des Rechts.

Ein Recht (im subjectiven Sinn) ist eine durch das Recht (im objectiven Sinn) begründete Herrschaft des Willens einer Person in Ansehung eines Gegenstandes. Jedem Rechte entspricht eine Rechtspflicht anderer Personen, wenn nicht eine besondere positive einer bestimmten andern Person, doch wenigstens eine allgemeine negative Rechtspflicht aller Andern.

Anm. 1 Jus und obligatio Correlata? Absolute und relative Rechte.

2 Gegenwärtiges und zukünftiges Recht (ius praesens, ius futurum)? Böhmer Exercit. I. 5. Sint. I. §. 12.

3 Recht, Rechtsverhältniß, Rechtsinstitut. Vgl. Sav. I. §. 4. 5. Puchta §. 29. Unger I. §. 24. 58.

II. Eintheilung der Rechte.

§. 22.

1) Nach ihrem Inhalt [1].

Die Willensherrschaft der Person kann sich auf eine Sache, d. h. einen unpersönlichen körperlichen Gegenstand der Außenwelt beziehen; daher Recht an einer Sache, Sachenrecht, unmittelbares Sachenrecht (ius in re). Dahin gehört vor Allem das Eigenthum, welches die allen andern Personen gegenüber geltend zu

machende Herrschaft über eine Sache im Ganzen zum Inhalt hat; sodann Rechte von beschränkterem Inhalt, kraft deren eine Sache nur in bestimmten Beziehungen (partiell) dem Willen eines Andern als des Eigenthümers rechtlich unterworfen ist, Rechte an einer fremden Sache (iura in re aliena), welche ebenfalls als absolute Rechte allen Andern gegenüber geltend zu machen sind. Der Inhalt eines Rechts kann ferner darin bestehen, daß man eine Handlung oder Leistung eines bestimmten Andern, und zwar eine solche, mit welcher sich ein sachlicher Werth (Geldeswerth) verknüpft, zu fordern Macht hat. Rechte dieser Art heißen Forderungen, Forderungsrechte, Obligationen. Die beiden genannten Arten von Rechten fallen unter den gemeinschaftlichen Begriff von Vermögensrechten; die Rechtsverhältnisse, deren Kern sie bilden, heißen Vermögensverhältnisse. Bezüglich dieser aber besteht die Möglichkeit der Nachfolge in einen ganzen Inbegriff von Vermögensverhältnissen, deren Subject bisher eine bestimmte andre Person war, namentlich ein Verstorbener, Erblasser. Insofern kann man auch von einem Recht an einem Vermögen als einer Gesammtheit sprechen (namentlich Erbrecht im subjectiven Sinn), welches darin besteht, daß man überhaupt die Stelle des bisherigen Vermögens-Subjects einnimmt, also eben deßhalb auch alle einzelnen demselben zuständigen Vermögensrechte nun für sich behaupten kann[1]. Einen Gegensatz der Vermögensverhältnisse bilden die Familienverhältnisse, welche, in einer dauernden persönlichen Lebensbeziehung verschiedener Menschen zu einander bestehend, an sich mehr sittlicher als juristischer Natur, aber zugleich als juristisch wirksame Verhältnisse anerkannt und rechtlichen Bestimmungen unterliegend, eine eigene Klasse von Rechtsverhältnissen bilden, mit denen sich aber auch wieder eigenthümliche vermögensrechtliche Wirkungen verbinden[3]. Die angegebene Verschiedenheit der Rechte und Rechtsverhältnisse ist vorzüglich bestimmend für die systematische Anordnung der Privatrechtslehren, wobei jedoch stets der innere Zusammenhang der Rechtsinstitute zu beachten ist[4]. Mit Rücksicht darauf lassen sich, abgesehen von den allgemeinen Lehren (erstes Buch), folgende Haupttheile des Systems aufstellen:

1) die Lehre von den dinglichen (oder Sachen-) Rechten (zweites Buch),

2) von den Obligationen (drittes Buch),

3) von den Familienverhältnissen mit Inbegriff der an dieselben sich anknüpfenden besonderen Vermögensverhältnisse (viertes Buch),

4) von der Erbschaft (fünftes Buch).

Anm. [1] Vgl. Unterholzner Abh. III. Puchta im Rh. Mus. III. S. 289...308., und gegen diesen Sintenis in Linde's Ztschr. XIX. 2. Unger I. §. 59...64.

[2] Recht an eine in uns übergegangene Person? Puchta im Rh. Mus. S. 302...304. Dagegen Sint. a. a. O.

[3] Vgl. Sav. I. S. 331...410. mit Puchta Institut. I. §. 21. fgg. Arndts Encyklopädie §. 48...68.

[4] System der Rechte, der Rechtsverhältnisse oder Rechtsinstitute? Vgl. Anm. 1. 2. und Schröter in d. krit. Jahrb. IV. S. 293. Arndts das. VII. S. 196 fg. X. S. 137...142. Böcking Inst. I. §. 29. Unger §. 24. — Der von Puchta gemachte Versuch, das System wesentlich durch die Classification der Rechte nach ihrem Gegenstande (Personen, Sachen, Handlungen) zu bestimmen, hat in dem Herausgeber seiner Werke selbst einen strengen Kritiker gefunden: Rudorff's Anm. zu Puchta's Vorlesungen §. 46. 447. Vgl. übrigens noch oben §. 18. Anm. 3. 4.

[5] Ueber den Gegensatz von dinglichen Rechten (iura in re, in rem, realia) und persönlichen Rechten (iura in personam, personalia, ad rem) vgl. Thibaut Vers. II. 2. Feuerbach Vers. VIII. Duroi im civ. Arch. VI. 14. und dagegen Puchta im Rh. Mus. I. S. 286. fgg. Vang. §. 113. Unger §. 61.

§. 23.

2) Nach ihrem Verhältniß zum Recht im objectiven Sinn.

Rechte gründen sich mittelbar auf einen Rechtssatz (§. 21). Es kann aber auch unmittelbar durch einen Act der gesetzgebenden Gewalt ein Recht verliehen werden, das außerdem, nach der Regel des Rechts, nicht begründet wäre. Ein solches Recht heißt Privilegium im engern Sinn [a]. Es entsteht lediglich durch die betreffende Verfügung der Staatsgewalt [1], deren Befugniß dazu durch das öffentliche Recht begründet ist. Die Eintheilung der Privilegien in privilegia conventionalia und non conventionalia oder gratiosa, sodann in privilegia onerosa und gratuita, bezieht sich auf den Anlaß der Verleihung, nicht auf den juristischen Grund ihrer Entstehung [2]. Dem Privilegium ist in einer Beziehung verwandt das ius singulare, Privilegium im weitern Sinne [3], d. h. ein Recht, welches sich auf einen Rechtssatz gründet, der aus besondern Rücksichten für gewisse Fälle eine Ausnahme von dem regelmäßig entscheidenden (gemeinen) Rechte (ius commune)

[a] X. de privilegiis 5. 33, in 6to 5. 7. Clem. 5. 7.

festgesetzt hat[4]. Sowohl Privilegien im weitern als im engern Sinn können eingetheilt werden in affirmative und negative, in privilegia personae, rei und causae[5].

Anm. 1 Constitutio personalis; L. 1. §. 2. D. de const. princip. 1. 4.; lex specialis? cf. L. 24. D. de statu hom. 1. 5. (§. 10. a. E.); privilegium im obj. S. (favorabile oder odiosum), Cic. de legib. III. 19. pro domo cap. 17. Gell. noct. att. X. 20. Cf. L. 17. §. 5. D. ad. municip. 50. 1. „privilegium specialiter civitati datum". L. 6. Cod. de incol. 10. 39. „privilegio speciali". Const. *summa* §. 4. „aliquod privilegium speciali beneficio". L. 38. pr. D. quib. ex caus. mai. „speciali beneficio".

2 Vgl. überhaupt Schlayer, Darstellung der Lehre von den Privilegien nach den Quellen des gemeinen Rechts, in Linde's Ztschr. n. F. XII. 2.

3 L. 15. D. de subst. 28. 6. L. 12...24. D. de reb. auct. iud. poss. 42. 5.; sogar „speciale privilegium" in L. 17. Cod. de dignitat. 12. 1., „privatorum privilegiorum" in L. 3. 4. Theod. cod. de itin. mun. 15. 3. — Puchta §. 30.

4 Jus singulare im obj. S., i. e. quod contra tenorem rationis propter aliquam utilitatem auctoritate constituentium introductum est. L. 16. D. de legib. 1. 3. L. 14. eod. Quod vero contra rationem iuris receptum est, non est producendum ad consequentias. L. 15. eod. In his, quae contra rationem iuris constituta sunt, non possumus sequi regulam iuris. cf. L. 2. D. de testam. milit. 29. 1. „propria atque singularia iura". Dagegen ius commune z. B. als Gegensatz des ius militare in L. 11. pr. L. 20. D. l. c. L. 15. D. de vulg. subst. 28. 6. Pauli sentt. III. 4a. §. 3. „tam communi quam proprio jure"; als Gegensatz des ius singulare Minderjähriger in L. 12. D. de minor. 4. 4.; als Gegensatz eines Vorrechts des Fiscus „privilegium... ius commune privatorum" in L. 37. D. de iure fisci. 49. 14. Sav. I. S. 61...66.

5 L. 1. §. 43. D. de aqua. 43. 20. Et datur (sc. ius aquae ducendae ex loco publico) interdum praediis, interdum personis; quod praediis datur, extincta persona non extinguitur; quod datur personis, cum personis amittitur, ideoque neque ad alium dominum praediorum neque ad heredem vel qualemcumque successorem transit. cf. L. 196. D. de R. J. Privilegia quaedam causae sunt, quaedam personae; et ideo quaedam ad heredem transmittuntur, quae causae sunt; quae personae sunt, ad heredem non transeunt. L. 68. D. eod. In omnibus causis id observatur, ut, ubi personae conditio locum facit beneficio, ibi deficiente ea beneficium quoque deficiat, ubi vero genus actionis id desiderat, ibi, ad quemvis persecutio eius devenerit, non deficiat ratio auxilii. Schlayer a. a. O. S. 60. fg. Unger I. S. 588. fg.

Zweites Capitel.

Von den Personen oder Subjecten der Rechte.

§. 24.

Person ist im juristischen Sinn ein Individuum, das Subject von Rechten ist oder sein kann. Darin, daß Jemand als solches anerkannt ist, besteht die Persönlichkeit [1], Rechtsfähigkeit [2]. Von Natur kommt diese allen Menschen zu und nur diesen [a]; aber während dieselbe nach positivem Recht wohl einzelnen Menschen abgesprochen wird [b], sind andererseits auch Rechtssubjecte anerkannt, die nicht einzelne Menschen sind und als Personen nur durch den juristischen Begriff da sind. Diese nennt man juristische Personen (moralische, fingirte, mystische Personen), und im Gegensatze davon den einzelnen Menschen, der schon als solcher ein natürliches Rechtssubject ist, physische oder natürliche Person.

Anm. [1] Persona in abstracter Bedeutung: vgl. Nov. Theod. 24. §. 1. „servi nec personam habentes". Cassiodori Varior. VI. 8. „servos, qui personam legibus non habebant"; cf. Cod. qui legitimam personam in iudiciis habeant. 3. 6. — Hertii opusc. 1. 3. de uno homine plures sustinente personas. cf. L. 9. pr. D. de pact. 2. 14.

[2] Recht der Persönlichkeit? Eigenthum seiner selbst? Vang. §. 34. Recht an der eigenen Person? Puchta §. 117. Rh. Mus. III. S. 305. Vgl. Sav. I. S. 334...37. Arndts in den krit. Jahrb. VII. S. 298. Unger I. §. 60.

I. Von den natürlichen Personen [a].

A. Dasein derselben.

§. 25.

1) Anfang und Erfordernisse.

Eine natürliche Person ist vorhanden, sobald ein Wesen menschlicher Natur außer dem Mutterleibe [1] selbständig lebend besteht [b]. Erforderlich ist also, daß das Kind aus dem Mutterleibe vollständig [2] ans Licht gekommen sei [c], nach dieser Trennung lebe [d], und menschliche Gestalt trage [e].

[a] L. 2. D. de statu hom. 1. 5., §. 12. J. de iure nat. 1. 2. pr. J. de libert. 1. 5. [b] L. 22. 32. D. de R. J.

[a] J. de iure person. 1. 3. D. de statu hom. 1. 5. [b] L. 1. §. 1. D. de inspic. ventre. 25. 4. L. 9. §. 1. D. ad. leg. Falc. 35. 2. L. 161. D. de V. S. [c] L. 3. Cod. de postum. 6. 29. cf. L. 12. pr. D. de liberis 28. 2. L. 1. §. 9. D. unde cogn. 38. 8. [d] L. 2. 3. Cod. l. c. L. 129. D. de V. S. [e] L. 3. Cod. cit. L. 12. D. h. t. L. 12. §. 1. D. de lib. 28. 2. cf. L. 44. D. de religiosis 11. 7. Pauli sentt. IV. 9. §. 3. 4.

Anm. [1] Jedoch: Nasciturus pro iam nato habetur, quoties de commodis eius quaeritur. L. 7. 26. D. h. t. L. 231. D. de V. S. Sav. II. S. 12...16. Vgl. Rudorff zu Puchta §. 114. not. b. „Vermöge dieser Berücksichtigung hat schon der Ungeborene Persönlichkeit, jedoch nur eine juristische, wie die hereditas, vorausgesetzt, daß er ein liber venter ist (L. 3. D. si pars. 5. 4.) In so fern beginnt mit der Geburt nur der Mensch, nicht die Person". Dagegen Brinz I. S. 30.

[2] Nicht bloß der Kopf; jedoch a. M. Sint. §. 13. not. 4. arg. L. 12. §. 1. D. 28. 2. „si non integrum animal editum sit." Vgl. L. 3. Cod. 6. 29. „si vivus perfecte natus est, licet illico, postquam in terram cecidit, vel in manibus obstetricis decessit, nihilominus testamentum rumpi, hoc tantummodo requirendo, si vivus ad orbem totus processit, ad nullum declinans monstrum vel prodigium."

[3] Ist außerdem noch Lebensfähigkeit (Vitalität) erforderlich? L. 12. D. h. t. L. 3. §. 12. D. de suis. 38. 16.? Dagegen Sav. II. S. 385...417.; anders Puchta §. 114. Instit. II. §. 210. arg. L. 2. Cod. l. c. „uxoris abortu testamentum mariti non solvi". Vgl. Pauli sentt. IV. 9. §. 1. 5. 6. Brinz I. S. 31.

§. 26.

2) Ende der natürlichen Persönlichkeit.

Das Ende der natürlichen Persönlichkeit ist der Tod, welcher, wenn davon abhängige Rechte geltend gemacht werden, wie jede andre Thatsache zu beweisen ist. Indessen kann die Ungewißheit des gleichwohl wahrscheinlichen Todes einer Person durch gerichtliche Todeserklärung beseitigt werden. Nach heutigem gemeinem Gewohnheitsrecht wird angenommen, ein Abwesender, von dem man keine Kunde hat (ein Verschollener), seit dessen Geburt aber bereits 70 Jahre verflossen sind, sey nicht mehr am Leben [1]. Nach vorgängiger Untersuchung und öffentlicher Vorladung kann alsdann eine gerichtliche Todeserklärung erfolgen, durch welche die Vermuthung des wirklichen Todes des Abwesenden, mit allen rechtlichen Folgen desselben [2], festgestellt wird, welcher andrerseits die Vermuthung für die Fortdauer des Lebens bis zu jenem Zeitpunkte gegenübersteht, kraft deren namentlich Erbschaften und Vermächtnisse für den Verschollenen in der Zwischenzeit erworben werden können [3].

Anm. [1] Die Entstehung und Ausbildung dieses Gewohnheitsrechtes, das sich an den Ausspruch des Psalmisten anlehnt („Unser Leben währet siebzig, wenn's hoch kommt, achtzig Jahre." Psalm 89. oder 90. V. 10.) ist jüngst in einer gründlichen Abhandlung dargelegt worden von Bruns, in dem Jahrb. des gem. deutschen Rechts I. 5. S. 90...201.

[2] Nach welchem Zeitpunkte zu bestimmen? nach dem Zeitpunkte der Todeserklärung oder dem der Vollendung jener 70 Jahre? oder nach dem Zeitpunkte des Beginns der Verschollenheit? Successio ex nunc oder ex tunc. — Cropp Abh. II. 4. Vang. §. 33. Sav. II. S. 17...19. Bruns S. 198. fg.

[3] Dies ist zwar in neuerer Zeit mit Erfolg bestritten worden von Cropp Abh. II. 5.; vgl. auch Schäffer vom Erwerbe einer Erbschaft für einen Verschollenen in Linde's Ztschr. n. F. V. 8., und ist daher in Ansehung dieses Punktes, wie die Theorie, so auch die neueste Praxis noch schwankend: Seuffert's Arch. I. 160. III. 298. V. 31. VII. 356. IX. 254 310. Vgl. aber jetzt Bruns a. a. O. S. 168. fg. 193. fg. Steinberger 2 Aufl.

§. 27.

3) Insbesondere von der Priorität des Todes.

Auch im Fall der Ungewißheit darüber, welche von mehreren Personen vor der andern gestorben sey, entscheidet bisweilen eine rechtliche Vermuthung. Der Regel nach, nicht ohne Ausnahme [a], wird nämlich vermuthet [b], das mündige Kind sey nach seinem Ascendenten, das unmündige vor demselben gestorben [1]. Außerdem kann ein durch die Priorität des Todes einer Person bedingtes Recht [2] nicht anders als durch deren Beweis geltend gemacht werden [c].

Anm. [1] Nicht bloß im Fall des Untergangs in erwiesener gemeinschaftlicher Lebensgefahr: arg. L. 11. pr. D. de b. p. sec. tab. 37. 11. „duobus peregre defunctis". Kierulff I. S. 92. Böcking Inst. §. 32. not. 11. Dagegen Vang. §. 33. Sav. II. S. 20...22. Seuffert's Arch. II. 125. Ganz allgemein soll die Vermuthung für den frühern Tod des Unmündigen sprechen nach Mühlenbruch im civ. Arch. IV. 27, für den frühern (natürlichen) Tod der ältern Person nach Thibaut 6. Aufl. §. 211. arg. L. 15. pr. D. de inoff. test. 5. 2. „turbato ordine mortalitatis". Anders derselbe in der 8. Aufl. §. 122. not. e. — Vgl. Gaedeke de iure commorientium. Rostock 1830.

[2] Anders, wenn es wesentlich nur darauf ankommt, daß der andere nicht länger gelebt habe. L. 26. de m. c. donat. 39. 6. L. 8. D. de reb. dub. 34. 5. L. 32. §. 14. D. de donat. int. vir. et ux. 24. 1. Nach diesen Stellen soll die Schenkung auf den Todesfall oder unter Ehegatten unwiderruflich werden, auch wenn Schenker und Beschenkter zugleich gestorben sind, und L. 32. §. 14. cit. deducirt dies sogar aus den Worten der Oratio des Antoninus. Daher ist es unrichtig, wenn sich Unger I. S. 151. 152. auf sie bezieht, um den Satz zu begründen, daß es darauf ankomme, ob der Erbe des Beschenkten in dem Falle sei, auf Erfüllung der Schenkung klagen zu müssen, oder nur als Beklagter gegen den Widerruf der Schenkung sich zu vertheidigen habe. — Uebrigens

[a] L. 9. §. 2. D. de reb. dub. 34. 5. L. 17. §. 7. D. ad Sc. Treb. 36. 1. [b] L. 26. pr. D. de pact. dot. 23. 4. L. 9: §. 1. 4. L. 22. 23. D. de reb. dub. [c] L. 16. §. 1... L. 18. D. l. c. L. 34. D. ad Sc. Treb.

vgl. noch L. 9. pr. D. de reb. dub. „Qui duos impuberes filios habebat, ei qui supremus morietur Titium substituit. Duo impuberes simul in nave perierunt: quaesitum est, an substituto et cuius hereditas deferatur? Dixi: si ordine vita decessissent, priori mortuo frater ab intestato heres erit, posteriori substitutus; in ea tamen hereditate etiam ante defuncti filii habebit hereditatem. In proposita autem quaestione, ubi simul perierunt, quia, cum neutri frater superstes fuit, quasi utrique ultimi decessisse sibi videantur, an vero neutri, quia comparatio posterioris defuncti ex facto prioris mortui sumitur? Sed superior sententia magis admittenda est, ut utrique heres sit". Statt: quia cum neutri liest Hal. utrum quia neuter. Man lese: in proposita autem quaestione, ubi simul perierunt, num utrique heres sit, quia, cum neutri frater superstes fuit, quasi utrique ultimi decessisse sibi videantur? an vero etc. Cf. L. 34. pr. 42. pr. D. 28. 6. L. 92. 162. pr. D. de V. S.

B. Rechtsfähigkeit der natürlichen Personen.

§. 28.

1) Die römischen Status [1].

Das römische Recht unterscheidet drei Hauptstufen der Rechtsfähigkeit natürlicher Personen, Status; nämlich Freiheit, Bürgerrecht und Familienstand. Die natürlichen Personen werden darnach eingetheilt 1) in liberi und servi [a], 2) in cives und peregrini, 3) in homines sui iuris und homines alieni iuris oder personae alieno iuri subiectae [b]; jene patres- beziehungsweise matres-familias genannt, diese, abgesehen von den in eines Herrn Gewalt befindlichen Sclaven, welche als solche ebenfalls zu den personae alieni iuris gehörten, filii- beziehungsweise filiae-familias, auch nepotes- und neptes-familias [c], d. i. die in väterlicher Gewalt befindlichen Kinder, Hauskinder. In Verbindung damit steht die Unterscheidung einer dreifachen capitis deminutio [d], maxima, media und minima [2]. Allein das heutige gemeine Civilrecht kennt keinen Sclavenstand mehr und macht auch zwischen Bürgern und Nichtbürgern, Inländern und Ausländern keinen Unterschied rücksichtlich der Rechtsfähigkeit. Daher kommen die beiden ersten Gegensätze der Personen, sowie die beiden ersten Arten der capitis deminutio, im heutigen Rechte nicht mehr in Betracht.

[a] pr. J. de iure person. 1. 3. cf. tit. 3...7 ibid. [b] D. de his qui sui vel alieni iuris sunt. 1. 6. J. 1. 8. cf. tit. 9...12 ibid. [c] L. 4. D. h. t. L. 5. §. 1. D. de bon. damn. 48. 20. L. 195. §. 2. L. 196. pr. D. de V. S. cf. L. 46. §. 1. D. eod. L. 3. §. 6. D. de lib. exhib. 43. 30. [d] D. de capite minutis 4. 5. J. de capitis minutione 1. 16.

Der dritte Gegensatz ist allerdings auch jetzt noch von praktischer Bedeutung; Hauskinder sind auch jetzt noch in ihren Rechten durch den Vater beschränkt. Allein diese Beschränkung berührt überall nicht mehr, wie nach altem Recht, ihre Fähigkeit, eigene Rechte für sich zu haben; sie beruht nur in besondern die Rechte der Kinder beschränkenden Rechten, welche dem Vater kraft der väterlichen Gewalt zustehen [3]. Auch die minima capitis deminutio hat an sich schon nach neuestem römischem Rechte kaum noch eine praktische Bedeutung [4].

Anm. [1] Vgl. Puchta §. 116...118. Savigny II. S. 23...169 und S. 416...515 (Beil. IV...VI.)

[2] §. 1...3. J. h. t. Maxima capitis deminutio est, quum aliquis simul et civitatem et libertatem amittit.... Minor sive media, quum civitas quidem amittitur, libertas vero retinetur.... Minima, quum et civitas et libertas retinetur, sed status hominis commutatur, quod accidit in his, qui cum sui iuris essent coeperunt alieno iuri subiecti esse, vel contra. L. 11. D. h. t. — Ueber das Wesen der min. c. d. vgl. vorzüglich Sav. II. S. 478 fgg. mit Puchta in d. krit. Jahrb. IV. S. 687. Institut. II. §. 220. Scheurl Beitr. I. 9. Nach Justinianischem Recht erleiden dieselbe: a) der homo sui iuris, welcher der väterlichen Gewalt eines Andern unterworfen wird, durch Arrogation oder Legitimation. §. 3. J. h. t. L. 2. §. 2. D. h. t. b) die Kinder des Arrogirten (oder Legitimirten), die mit diesem in die Gewalt des Arrogator übergehen. L. 3. pr. D. h. t. c) wer durch Emancipation aus der väterlichen Gewalt entlassen wird. §. 3. J. h. t. Theoph. ad h. l. L. 3. §. 1. D. h. t. d) das Kind, welches vom Vater vollgültig in Adoption gegeben wird. L. 11. in f. D. h. t. L. 10. Cod. de adopt. 8. 48. Savigny will die drei letzten Fälle nicht mehr gelten lassen, aber, wenigstens soviel b und c betrifft, gegen den klaren Ausspruch der Justinianischen Rechtsquellen.

[3] Scheurl a. a. O. will auch nach altem Recht eine mindere Rechtsfähigkeit der Hauskinder nicht zugeben und im neueren Recht eine Erweiterung ihrer Rechtsfähigkeit nicht anerkennen (vgl. auch Brinz I. S. 339.) Nehmlich: der Filiusfamilias konnte zwar nichts für sich haben und erwerben, aber er hätte die vollkommene Fähigkeit dazu, wenn er nur — nicht alieni iuris wäre. Eine Beschränkung mindestens scheint mir doch auch in der Gebundenheit der Rechtsfähigkeit zu liegen.

[4] Nach älterem Recht hatte die min. c. d. wichtige Folgen. Sie löste namentlich die bisherige Agnationsverbindung, was sogar nach der gewöhnlichen Ansicht das Wesen derselben ausmachen soll (Vang. §. 34); sie bewirkte ferner Endigung der persönlichen Servituten des capite minutus, und Zerstörung civilrechtlicher Forderungsklagen gegen denselben. Allein die letzte Wirkung war schon durch das prätorische Edikt ihrem praktischen Erfolg nach beseitigt, L. 2. §. 1. D. h. t. (§. 121. Anm. 2.); die zweite hat Justinian aufgehoben durch L. 16. Cod. de usufr. 3. 33. (§. 194. Anm. 1.); die erste besteht zwar noch, ist aber

nicht mehr von Bedeutung, weil die Agnation selbst ihre Bedeutung verloren hat (nov. 118), sofern nicht von der Agnation zugleich die Cognation abhängt, wie bei Adoptirten der Fall ist. L. 1. §. 4. D. unde cogn. 38. 8. (§. 427. 474.)

2) Die bürgerliche Ehre [1].

§. 29.

a) Begriff der Ehre.

Die bürgerliche Ehre besteht in der persönlichen Achtung und Würde, welche dem Einzelnen vermöge seiner Rechtsfähigkeit und bürgerlichen Stellung zukommt [2]. Ohne alle bürgerliche Ehre gibt es keine Rechtsfähigkeit, eine Minderung der Ehre aber kann auch die Rechtsfähigkeit der Person auf nachtheilige Weise berühren.

Anm. [1] Marezoll, die bürgerliche Ehre, ihre gänzliche Entziehung und theilweise Schmälerung. Gießen 1824. Sav. II. §. 76...83. S. 170...230. nebst Beil. VII. S. 516...559.

[2] L. 5. §. 1. D. de extraord. cogn. 50. 13. Existimatio est dignitatis illaesae status legibus ac moribus comprobatus, qui ex delicto nostro auctoritate legum aut minuitur aut consumitur. — Gemeine bürgerliche Ehre und besondere Standesehre. Puchta §. 119.

b) Ehrenminderung.

α) Nach römischem Recht.

§. 30.

aa) Im Allgemeinen.

Nach römischem Recht erleidet, wer das Bürgerrecht zur Strafe verliert, zugleich den Verlust der darauf beruhenden bürgerlichen Ehre [a]. Gemindert aber ist die Ehre desjenigen, welcher durch seine Handlungen oder seinen Zustand in der sittlichen Achtung seiner Mitbürger herabgesetzt ist, so daß er in rechtlichen Beziehungen gegen den ehrenhaften (unbescholtenen) Bürger zurücksteht [b]. Das sittliche Urtheil kann im Allgemeinen durch eine Rechtsvorschrift ausgesprochen seyn, welche mit gewissen Handlungen oder Zuständen eine Ehrenminderung als rechtliche Folge verbindet. Eine solche Ehrenminderung ist im römischen Recht die Infamie, infamia. Die Verächtlichkeit einer Person, welche ohne Rechtsvorschrift nur in dem Sittenurtheil der Mitbürger begründet ist, heißt dagegen nota oder turpitudo [c]. Heutzutage bezeichnet man

[a] L. 5. §. 3. D. de extraord. cogn. 50. 13. [b] L. 5. § 2. D. l. c. [c] L 27. Cod. de inoff. test. 3. 28.

diesen Gegensatz durch die Ausdrücke infamia iuris und infamia facti [d].

§. 31.

bb) Infamie.

Die Infamie [a] entsteht nach römischem Recht theils als unmittelbare Folge einer Handlung oder eines Zustandes der Person, sog. infamia immediata, theils erst in Folge eines richterlichen Urtheils, welches die Person einer unehrenhaften Handlungsweise schuldig erkennt, mit welchem jedoch auch eine die Abwendung der Verurtheilung bezweckende Maßregel gleiche Wirkung haben kann, sog. infamia iuris mediata [1]. Die einmal entstandene Infamie dauert der Regel nach fort bis zum Tode der Person [b]; beseitigt wird sie nur durch Wiederaufhebung des entehrenden Urtheils [c] und durch Wiederverleihung der Ehrenhaftigkeit durch den Regenten (restitutio famae), welche aber nicht schon in dem bloßen Erlaß der Strafe enthalten ist [d]. Demjenigen, welcher eine zu schwere Strafe ungerechter Weise erlitten hat, soll zur Vergeltung dafür die Infamie erlassen sein [e]. Die Wirkungen, welche der Infamie namentlich beigelegt werden, sind, daß der Infamis von Ehrenämtern [f] und regelmäßig von der Befugniß, für Andre vor Gericht Anträge zu machen [g], daher auch von der Anstellung einer popularis actio [h] ausgeschlossen ist [2], sodann, daß die Erbeinsetzung eines Infamis die ehrenhaften Geschwister zur Anfechtung des Testaments berechtigt [i].

Anm. [1] Die meisten Fälle der Infamie sind in der die betreffende Stelle des Edicts enthaltenden L. 1. D. h. t. angegeben: Infamia notatur a) qui ab exercitu ignominiae causa ab imperatore eove, cui de ea re statuendi potestas fuerit, dimissus erit; b) qui artis ludicrae pronuntiandive causa in scenam prodierit; c) qui lenocinium fecerit; d) qui in iudicio publico calumniae praevaricationisve causa quid fecisse iudicatus erit; e) qui furti, vi bonorum raptorum, iniuriarum, de dolo malo et fraude

[d] cf. L. 2 pr. D. de obsequiis 37. 15. L. 39. D. de furtis 47. 2.

[a] D. de his qui infamia notantur 3. 2. Cod. ex quibus causis infamia irrogetur 2. 12. de infamibus 10. 57. cf. Vat. fragm. §. 320...324. tab. Heracl. v. 108...141. [b] L. 43. §. 4. D. de ritu nupt. 23. 2. L. 6. Cod. h. t. cf. L. 8. D. de postul. 3. 1. L. 3. §. 1. D. de decurion. 50. 2. L. 3. Cod. h. t. [c] L. 1. §. 10. D. de postul. 3. 1. [d] L. 1. §. 9. 10. D. l. c. cf. L. 3. Cod. de generali abolit. 9. 43. [e] L. 4. Cod. h. t. L. 13. §. 7. D. h. t. L. 10. §. 2. D. de poenis 48. 19. [f] L. un. Cod. de infam. L. 2. Cod. de dign. 12. 1. L. 3. Cod. de re milit. 12. 36. [g] L. 1. §. 5. 6. 8. D. de postul. 3. 1. [h] L. 4. D. de pop. act. 47. 23. [i] L. 27. C. de inoff. test. 3. 28. cf. L. 11. 19. Cod. eod.

suo nomine damnatus pactusve erit; f) qui pro socio, tutelae, mandati, depositi suo nomine non contrario iudicio damnatus erit; g) qui eam, quae in potestate eius esset, genero mortuo, cum eum mortuum esse sciret, intra id tempus, quo elugere virum moris est, antequam virum elugeret, in matrimonium collocaverit; h) eamve sciens quis uxorem duxerit, non iussu eius, in cuius potestate est, et i) qui eum, quem in potestate haberet, eam, de qua supra comprehensum est, uxorem ducere passus fuerit; k) quive suo nomine, non iussu eius, in cuius potestate esset, eiusve nomine, quem quamve in potestate haberet, bina sponsalia binasve nuptias in eodem tempore constitutas habuerit. — Von diesen Fällen gehören d, e, f, nach Manchen auch a, zu der sog. infamia mediata, die übrigen zu der sog. infamia immediata. Es sind aber zur Ergänzung noch folgende verwandte Fälle hinzuzufügen: zu b) qui operas suas, ut cum bestiis depugnaret, locaverit, und qui virtutis ostendendae causa hoc faciunt sine mercede, si in arena passi sunt se honorari. L. 1. §. 6. D. de postulando. 3. 1.; zu c) qui corpore suo muliebria passus est, L. 1. §. 6. cit., quae corpore quaestum fecit, L. 43. D. de ritu nupt. 23. 2., quae in adulterio deprehensa est, L. 43. §. 12. 13. D. l. c.; zu d) alle iudicio publico damnati, L. 7. D. de iud. publ. 48. 1., desgl. die sich der Criminaluntersuchung arglistig entziehen, L. 6. §. 3. D. de decurion. 50. 2., zudem auch die Söhne von Hochverräthern nach L. 5. §. 1. Cod. ad leg. Jul. maiest. 9. 8.; zu e): auch das crimen extraordinarium wegen derselben oder ähnlicher Vergehen hat dieselbe Wirkung, L. 12. Cod. L. 13. §. 8. D. h. t. L. 7. D. cit.; desgleichen unerlaubter Zinswucher, L. 20. Cod. h. t.; Bruch eines beschworenen Vergleiches, L. 41. Cod. de transaction. 2. 4.; unbewiesene Delation, L. 2. pr. L. 18. §. 7. D. de iure fisci. 49. 14.; zu f) im Fall besondrer Unredlichkeit hat auch die contraria actio dieselbe Wirkung, L. 6. §. 5. 7. D. h. t. cf. L. 22. Cod. h. t.; den Vormund infamirt auch suspecti remotio, §. 6. J. de suspect. tut. 1. 26.; zu g...i) die Wittwe selbst, die das Trauerjahr verletzt, L. 11. §. 3. D. h. t. L. 15. Cod. h. t.; der Vormund, der sich selbst oder seinen Sohn mit der Mündel verheirathet, L. 66. D. de ritu nupt. 23. 2.; zu k) auch alteri sponsa alteri nupta, L. 13. §. 3. D. h. t.

[2] Im prätorischen Edikt waren die Infames namentlich wegen der Beschränkung ihrer Fähigkeit zu Anträgen bei Gericht (postulare) aufgezählt. Der Infamis konnte demnach regelmäßig auch nicht Andre vor Gericht vertreten. Fragm. Vat. l. c. Pauli sentt. I. 2. §. 1. 3. Nach älterem Recht konnte die Partei selbst sowohl gegen den unbescholtenen Stellvertreter der infamen, als gegen den infamen Stellvertreter der unbescholtenen Gegenpartei protestiren (procuratoria exceptio.) Dies ist aber im Just. Recht abgeändert. §. ult. J. de except. 4. 13. Puchta §. 120. — Nach Bestimmungen der lex Julia de maritandis ord. und deren practischer Auslegung war Infamie der Frauen insbesondere wichtig in Ansehung der Ehe; aber auch dies ist im neuern Recht abgeändert. Vgl. L. 28. 29. Cod. de nupt. 5. 4. nov. 117. cap. 6. Sav. §. 82. und Beil. VII.

§. 32.

cc) Turpitudo.

Wenn eine Person durch ihr Betragen oder ihren Zustand, ohne Rücksicht darauf, ob damit durch Rechtsvorschrift eine Ehrenminderung verknüpft ist, doch nach dem sittlichen Urtheil der Mitbürger als verächtlich sich darstellt, so kann auch dieses rechtlich bedeutend werden, insofern in manchen Beziehungen auf die moralische Würdigung der Person etwas ankommt [1]. Dies ist namentlich der Fall in Ansehung der Bekleidung von Ehrenämtern [a] und der Zulassung zur Anstellung ehrenrühriger Klagen gegen ehrenhafte Personen [b] oder zu vormundschaftlicher Verwaltung [c], ferner bei dem interdictum de liberis exhibendis bezüglich der Bestimmung des Besitzstandes während des Rechtsstreites [d], bei der Beschwerde der Geschwister über lieblose Ausschließung von der Erbschaft [e], und in Ansehung der Zeugnißfähigkeit einer Person [f]. In denselben Beziehungen wird natürlich auch die eigentliche Infamie berücksichtigt, wie sie denn in einigen jener Fälle auch ausdrücklich neben der Turpitudo genannt ist [2].

Anm. 1 L. 27. Cod. de inoff. test. 3. 28. ... Consanguinei. ... de inofficioso quaestionem movere possunt, si scripti heredes infamiae vel turpitudinis vel levis notae macula adspergantur. cf. L. 2. pr. D. de obseq. par. 37. 15. Licet enim verbis edicti non habeantur infames ita condemnati (sc. per procuratorem, de dolo aut iniuriarum), re tamen ipsa et opinione hominum non effugiunt infamiae notam. L. 1. §. 5. D. de postul. „praetor ... notavit personas turpitudine notabiles.“

2 Vgl. §. 31. not. f. i. Auch in Ansehung der Wirkung in §. 31. not. g. ist die Infamie eigentlich auf gleiche Linie mit der Turpitudo überhaupt gestellt, nachdem der Gegenpartei das Recht, dieselbe geltend zu machen, abgesprochen, also dem Ermessen des Richters die Entscheidung über die sittliche Würdigkeit der Person überlassen ist. Puchta §. 120. not. cc. dd.

§. 33.

β) Heutige Anwendbarkeit des römischen Rechts.

Die sogenannte infamia facti kommt auch im heutigen Recht noch in Betracht, wo sie nach römischem Recht civilrechtliche Wirkungen äußert; aber es kommt dabei auf die heutzutage herrschenden sittlichen Ansichten an. Was die eigentliche Infamie betrifft,

[a] L. 2. Cod. de dignit. 12. 1. [b] L. 11. §. 1. D. de dolo. 4. 3. [c] L. 27. §. 1. D. de test. tut. 26. 2. [d] L. 3. §. 4. 5. D. de lib. exhib. 43. 30. [e] L. 27. Cod. de inoff. test. 3. 28. [f] L. 3. pr. D. de test. 22. 5. Nov. 90. cap. 1.

so ist die Infamie wegen Verletzung des Trauerjahrs durch das canonische Recht ausdrücklich aufgehoben [a]; dagegen sind in Reichsgesetzen einige neue Fälle genannt [b]. Als Wirkung derselben wird im canonischen Recht noch die Ausschließung von der Procuratur angegeben [c], in Reichsgesetzen die Ausschließung von Zünften und vom Notariat [d]. Allein in der Praxis hat das römische Recht in dieser Beziehung weit bedeutendere Modificationen erfahren. Eine infamia immediata wird als infamia iuris überall nicht mehr anerkannt, eine infamia mediata nicht mehr als Folge einer Civilklage, bei strafrechtlicher Verurtheilung aber soll nach der Meinung vieler Praktiker ein ausdrückliches Erkenntniß auf Infamie zur Begründung derselben erforderlich seyn, wenn nicht nach heutigen Begriffen die Strafe selbst infamirt. In der That hat die ganze römische Theorie von der Infamie ihre unmittelbare praktische Bedeutung im heutigen gemeinen Civilrecht verloren; die der Infamie eigenthümlichen Wirkungen sind weggefallen oder gehören dem Civilrecht nicht an, und wo sonst noch eine Ehrenminderung civilrechtlich bedeutend ist, da ist es eben nicht mehr der bestimmte Begriff der römischen Infamia.

Anm. Vgl. vorzüglich Sav. a. a. O. §. 83. mit Phillips' deutsch. Privatrecht §. 35...39. Bluntschli deutsches Privatr. §. 30. 32. Böcking Pand. I. §. 32. „Die neuere Lehre von den Ehrenschmälerungs-Gründen und Wirkungen beruht auf Gewohnheits- und Particular-Rechten, die sich großentheils unter dem auch in den Reichsgesetzen hervortretenden verwirrenden Einfluß der Bestimmungen des nationalen röm. Rechts von den german. Rechtsgrundsätzen abweichend gebildet haben;" in besonderer Beziehung auf österreich. Particularrecht Unger I. §. 31...33.

§. 34.

3) Einfluß des Religionsbekenntnisses auf die Rechtsfähigkeit.

Nach römischem Recht und nach dem Rechte des Mittelalters war das Religionsbekenntniß für die rechtliche Stellung der Person sehr wichtig [a]. Heutzutage sind in Deutschland bundesgesetzlich die drei christlichen Religionsparteien in bürgerlichen und politischen Rechten einander gleichgestellt [1], und auch in Ansehung anderer

[a] cap. 4. 5. X. de secund. nupt. 4. 21. [b] RPO. von 1577. Tit. 23. §. 2. RA. v. 1670. §. 10. v. 1551 §. 80. cf. auth. *habita.* und *agricultores.* [c] cap. 1. 2. C. 3. qu. 7. [d] RPO. Tit. 38. §. 4. RS. v. 1731. §. 13. NO. §. 2.

[a] Cod. de haereticis 1. 5. de apostatis 1. 7. de iudaeis 1. 9. de paganis 1. 11. nov. 132. — cf. auth. *item* und *credentes.* X. de haeret. 5. 7., in 6to 5. 2. Clem. 5. 3. X. de apostat. 5. 9. de iudaeis 5. 6.

Religionsbekenntnisse sind die civilrechtlichen Beschränkungen in der Praxis durchgängig beseitigt. In Ansehung der Juden hatten sich noch einige singuläre Rechtsbestimmungen im gemeinen Recht erhalten und noch mehr dergleichen in Particularrechten gebildet, sind aber in neuester Zeit durch Particulargesetzgebung meist ebenfalls aufgehoben [2].

Anm. [1] BA. Art. 16. „Die Verschiedenheit der christlichen Religionsparteien kann in den Ländern und Gebieten des deutschen Bundes keinen Unterschied in dem Genusse der bürgerlichen und politischen Rechte begründen." Vgl. Sav. II. S. 231...234.

[2] Diese Tendenz sprach sich am entschiedensten aus in den sog. Grundrechten des deutschen Volks (vgl. §. 4. Anm. 2.) §. 16: „Durch das religiöse Bekenntniß wird der Genuß der bürgerlichen und staatsbürgerlichen Rechte weder bedingt noch beschränkt." §. 20.: „Die Religionsverschiedenheit ist kein bürgerliches Ehehinderniß." Darnach die preuß. Verf. von 1850. Art. 12. „Der Genuß der bürgerlichen und staatsbürgerlichen Rechte ist unabhängig von dem religiösen Bekenntnisse." Vgl. in Beziehung auf Bayern das Gesetz vom 29. Juni 1851. Art. 1. „Alle Ausnahmsbestimmungen, welche in den verschiedenen Landestheilen des Königreichs bezüglich der Verhältnisse der jüdischen Glaubensgenossen zu den Christen in Ansehung des bürgerlichen Rechts bestehen, ... sind aufgehoben," u. s. w. (jedoch mit einem Vorbehalt in Betreff der Ehe, Art. 2.); in Beziehung auf Oesterreich Unger a. a. O. §. 30.

C. Andere juristisch bedeutende Eigenschaften und Zustände der Personen.

§. 35.

1) Geschlecht.

Das Recht erkennt nur zwei Geschlechter an, das männliche und weibliche, kein Mittelding zwischen beiden [a]. Regelmäßig stehen die Personen beiderlei Geschlechts privatrechtlich einander gleich.

Anm. L. 1. D. de V. S.: „Verbum hoc *si quis* tam masculos quam feminas complectitur. L. 195. pr. eod. Pronuntiatio sermonis in sexu masculino ad utrumque sexum plerumque porrigitur. Dagegen L. 45. pr. D. de legat. II. Exemplo pessimum est feminino vocabulo etiam masculos contineri. — Vgl. aber L. 9. D. de statu hom. 1. 5. L. 18. D. de testib. 22. 5. §. 10. J. de adopt. 1. 11. L. 2. D. de R. J. Feminae ab omnibus officiis civilibus vel publicis remotae sunt, et ideo nec iudices esse possunt nec magistratum gerere nec postulare nec pro alio intervenire nec procuratores esse.

[a] L. 10. D. de statu hom. 1. 5. L. 15. §. 1. D. de testib. 22. 5. L. 6. §. 2. D. de lib. et post. 28. 2.

§. 36.

2) Alter.

Der Unterschied des Alters [1] ist vorzüglich wichtig in Betreff der juristischen Handlungsfähigkeit (§. 59.). Die beiden wichtigsten Altersstufen sind die Mündigkeit, Pubertät, und die Volljährigkeit oder Großjährigkeit, Majorennität [2]. Jene beginnt beim männlichen Geschlechte mit Vollendung des vierzehnten, beim weiblichen Geschlechte mit Vollendung des zwölften Lebensjahres [a]; die Personen dieses Alters heißen mündige, mannbare, puberes; die jüngern Personen heißen unmündige, impuberes, pupilli. Die Volljährigkeit beginnt bei allen Personen mit Vollendung des fünfundzwanzigsten Lebensjahres [b]; die Personen dieses Alters heißen volljährige, majorenne, d. i. majores viginti quinque annis; die jüngern minderjährige, minorenne, d. i. minores XXV. annis. Jedoch kann ein Minderjähriger von wenigstens zwanzig Jahren, eine Minderjährige von wenigstens achtzehn Jahren, durch Gewährung des Regenten für volljährig erklärt werden, veniam aetatis erlangen [c], wodurch sie aber gleichwohl nicht in jeder Beziehung den natürlich Volljährigen gleichgestellt werden [d]. Unter den Unmündigen werden noch unterschieden infantes, Kinder im engern Sinn, die noch nicht das siebente Lebensjahr zurückgelegt haben [3], und infantia maiores [e]. Im Alter der Mündigkeit aber wird in gewissen Beziehungen noch eine sogenannte plena pubertas, mit achtzehn Jahren beim männlichen, mit vierzehn Jahren beim weiblichen Geschlechte, unterschieden [f]. Nicht allgemein nach Jahren bestimmt ist der Unterschied zwischen pubertati proximi und infantiae proximi [g]; ebenso wenig die Stufe des hohen Alters [h], senectus [4].

Anm. [1] Vgl. Sav. III. S. 81...82. §. 106...111.

[2] Im Deutschen wird Mündigkeit häufig gleichbedeutend mit Volljährigkeit genommen. Eint. §. 13. Kraut, Vormundschaftsrecht I. S. 154.

[3] Vgl. darüber insbesondere gegen Unterholzner in der Ztschr. f. gesch. Rtsw.

[a] L. 3. Cod. quando tut. esse desin. 5. 60. pr. J. quib. mod. tut. fin. 1. 22. [b] L. 1. §. 2. 3. D. de minorib. 4. 4. cf. L. 5. Cod. quando dies leg. 6. 53. (legitima aetas). [c] Cod. de his qui veniam aetatis impetraverunt. 2. 45. [d] L. 3. 4. Cod. l. c. [e] L. 1. §. 2. D. de admin. 26. 7. L. 14. D. de sponsal. 23. 1. L. 18. pr. §. 4. Cod. de iure delib. 6. 30. cf. L. 6. D. rem pup. 46. 6. L. 8. Theod. Cod. de matern. bon. 8. 18. [f] L. 40. §. 1. D. de adopt. 1. 7. L. 14. §. 1. D. de aliment. leg. 34. 1. cf. L. 57. D. de re iud. 42. 1. [g] §. 10. J. de inutil. stip. 3. 19. §. 18. J. de obl. ex delicto 4. 1. L. 111. pr. D. de R. J. L. 13. D. de dolo malo 4. 3. [h] z. B. L. 15. §. 2. D. de adopt. 1. 7. L. 8. D. de testib. 22. 5. L. 2. §. 1. D. de vacat. 50. 5. u. a.

I. 3. die Heidelb. Jahrb. Bd. VIII. Jahrg. 1815. S. 664 fgg. und Sav. a. a. O. S. 29...36.

[4] Vgl. Thibaut im civ. Arch. VIII. 2.

§. 37.

3) Gesundheit.

Auch der Mangel der körperlichen und geistigen Gesundheit [a] einer Person kann juristisch bedeutend werden. Es besteht aber 1) der Mangel der körperlichen Gesundheit entweder in Krankheit im engern Sinn, morbus [b], insbesondere morbus sonticus [c], wenn die Krankheit zu einem juristischen Geschäfte untüchtig macht, oder in einem beständigen Gebrechen des Körpers, vitium [d], z. B. Taubheit, Blindheit, Stummheit, Zeugungsunfähigkeit (spadones, castrati, thlibiae et thlasiae) [e]. 2) Die geistige Krankheit besteht in einer Störung oder Schwächung der geistigen Kräfte, vermöge deren die Person entweder einer geordneten Willensbestimmung gänzlich unfähig, mentis suae non compos, wahnsinnig, blödsinnig, furiosus, demens, mente captus [f], oder doch der Leitung und des Beistandes eines Andern bedürftig ist [g], fatuus, stultus, simplex, auch wohl mente captus. Zu solchen geistig kranken Personen wird auch der gerichtlich erklärte Verschwender gezählt; is cui a praetore bonis interdictum est, prodigus, sc. civiliter talis [h].

Anm. Vgl. überhaupt Sav. §. 112. III. S. 38...90.

4) Verwandtschaft.

§. 38.

a) Begriff und Arten [a].

Verwandtschaft (cognatio) ist die gegenseitige Beziehung, welche unter zwei Personen durch Abstammung der einen von der

[a] L. 45. §. 4. D. de excusat. 27. 1. L. 20. D. de iniusto test. 28. 3. [b] L. 101. §. 2. D. de V. S. [c] L. 113. D. de V. S. L. 60. D. de re iud. 42. 1 L. 65. §. 1. D. de aed. ed. 21. 1. L. 46. D. de iud. 5. 1. [d] L. 101. §. 2. cit. [e] §. 9. J. de adopt. 1. 11. u. Theoph. ad. h. l. L. 2. §. 1. L. 40. §. 2. D. de adopt. 1. 7. L. 128. D. de V. S. cf. L. 6. §. 2. L. 7. D. de aed. ed. 21. 1. L 39. §. 1. D. de iure dot. 23. 3. L. 6. pr. §. 1. D. de lib. et post. 28. 2. [f] §. 8. J. de inutil. stip. 3. 19. L. 5. 40. D. de R. J. cf. L. 20. D. de statu hom. 1. 5. L. 25. Cod. de nupt. 5. 4. L. 28. Cod. de episcop. aud. 1. 4. tit. Dig. de curat. furiosi. 27. 10. [g] §. 4. J. de curat. 1. 23. L. 45. §. 2. D. de excusat. 27. 1. L. 2. D. de postul. 3. 1. L. 19. §. 1...L. 21. de reb. auct. iud. poss. 42. 5. [h] §. 3. J. de curat. 1. 23. §. 2. J. quib. non est permiss. faç. test. 2. 12. cf. Gai I. 53. Ulp. XII. 2. 3. Paul. sentt. III. 4b. §. 7.

[a] J. de gradibus cognationum 3. 6. Dig. de gradibus et affinitatibus 38. 10. X. de consanguinitate et affinitate 4. 14.

andern oder beider von demselben Dritten oder auch durch ein juristisch jener gleichwirkendes Ereigniß begründet ist, während unter Schwägerschaft (affinitas) nur das Verhältniß zwischen einem Ehegatten und den Verwandten des andern verstanden wird [1]. Die Verwandtschaft ist 1) entweder eheliche oder uneheliche [b], 2) entweder natürliche oder künstliche, (Adoptivverwandtschaft) [c], 3) entweder Verwandtschaft in aufsteigender oder absteigender Linie (linea superior, ascendens, oder inferior, descendens) oder in der Seitenlinie (linea transversa, obliqua), daher Ascendenten, Descendenten, Seitenverwandte oder Collateralen [2]; die letzten aber können entweder vollbürtige oder halbbürtige seyn [3]; 4) entweder einfache oder mehrfache Verwandtschaft [4]; 5) entweder Cognation im engern Sinn oder Agnation, welche letzte aber im neuesten Justinianischen Recht ihre Wichtigkeit verloren hat [d]. Den Grad der Verwandtschaft zwischen zwei Personen berechnet das römische Recht durchgängig nach der Anzahl der ihre Entstehung bewirkenden Zeugungen oder Generationen [e] (computatio civilis), das canonische Recht aber in der Seitenlinie nach dem Grade der Verwandtschaft beider zu dem nächsten gemeinschaftlichen Ascendenten [f]. Die Grade der Schwägerschaft berechnet man nach dem Grade der Verwandtschaft des einen Affinen mit dem Ehegatten des andern.

Anm. [1] Auch das Verhältniß unter den Ehegatten selbst? Fragm. Vat. §. 218. 262. L. 38. §. 1. D. de usur. 22. 1. L. 15. Cod. de donat. ante nupt. 5. 3. Vgl. Sell im Arch. für civ. Praxis. XXII. S. 237 fgg.

[2] Respectus parentelae. §. 5. J. de nupt. 1. 10. Dirksen Beiträge. Abh. VI.

[3] Nach moderner Terminologie: germani, consanguinei, uterini; nach römischem Sprachgebrauche ist auch der vollbürtige Bruder consanguineus.

[4] Ueber den Unterschied der vollbürtigen und halbbürtigen Seitenverwandtschaft von der einfachen und mehrfachen Blutsverwandtschaft vgl. Hugo Magazin IV. 7. 16.

§. 39.

b) Vermuthung der Verwandtschaft.

Wer mit einer Frau in gültiger Ehe lebte, gilt vermöge juristischer Vermuthung für den Vater des Kindes, welches von jener nach Ablauf von 181 Tagen seit Eingehung der Ehe und

[b] §. 12. 13. J. de nupt. 1. 10. Cod. de liberis natural. 5. 27. nov. 89. [c] J. de adoption. 1. 11. Dig. 1. 7. Cod. 8. 48. X. de cognatione legali 4. 12. cf. X. de cognatione spirituali 4. 11. [d] J. de legitima agnatorum tutela 1. 15. de legit. agnat. succ. 3. 2. nov. 118. [e] L. 1. sqq. D. h. t. [f] C. 35. qu. 5. cap. 9. X. h. t.

vor Ablauf von 10 Monaten seit Auflösung der Ehe geboren ist[1]. Gegen diese Vermuthung ist jedoch der Gegenbeweis zulässig, daß das Kind nicht vom Ehemanne erzeugt seyn könne[2]. Die außerehelich Zeugung begründet dagegen keine eigentliche rechtlich wirksame Verwandtschaft des Erzeugten mit dem Erzeuger, während zwischen der Mutter und dem unehelichen Kinde allerdings wahre Cognation besteht[3].

Anm. 1 L. 12. D. de statu hom. 1. 5. Septimo mense nasci perfectum partum, iam receptum est; ... et ideo credendum est eum, qui ex iustis nuptiis septimo mense natus est, iustum filium esse. — L. 3. §. 11. 12. D. de suis. 38. 16. Post decem menses mortis natus non admittetur ad legitimam hereditatem. De eo autem, qui centesimo octogesimo secundo die natus est, Hippocrates scripsit et Divus Pius pontificibus rescripsit, iusto tempore videri natum. Daher die Regel: Pater est, quem nuptiae demonstrant. L. 5. D. de in ius voc. 2. 4. Seuffert's Archiv II. 254.

2 L. 6. D. de his qui sui vel al. iur. 1. 6. Filium eum definimus, qui ex viro et uxore eius nascitur. Sed si fingamus abfuisse maritum, verbi gratia per decennium, reversum anniculum invenisse in domo sua; placet nobis Juliani sententia, hunc non esse mariti filium. Non tamen ferendum Julianus ait eum, qui cum uxore sua assidue moratus nolit filium agnoscere, quasi non suum. Sed mihi videtur, quod et Scaevola probat, si constet maritum aliquamdiu cum uxore non concubuisse, infirmitate interveniente vel alia causa, vel (*Hal.* velut) si ea valetudine paterfamilias sit, ut generare non possit, hunc, qui in domo natus est, licet vicinis scientibus, filium non esse. cf. L. 29. §. 1. D. de probat. 22. 3. L. 11. §. 9. D. ad leg. Jul. de adult. 48. 5. — Puchta §. 41. Seuffert's Arch. I. 161...163. III. 299. Unzulässig ist der Gegenbeweis, der sich bloß auf die Reife des Kindes stützt. Vgl. jedoch Seuffert's Arch. XI. 11.

3 §. 12. J. de nupt. 1. 10. Quales sunt ii, quos mater vulgo concepit; nam nec hi patrem habere intelliguntur ... quasi sine patre filii. Vgl. L. 4. in f. D. de in ius voc. 2. 4. L. 4. D. unde cogn. 38. 8. Jedoch: §. 10. J. l. c.

§. 40.

5) Wohnsitz[a].

Wohnort (domicilium) einer Person ist der Ort, welcher den Mittelpunkt ihres bürgerlichen Lebens und ihrer Geschäfte bildet[1]. Man kann sich denselben nach seinem Belieben wählen, durch die That verbunden mit der entsprechenden Absicht (domicilium voluntarium), und so wird er auch durch entgegengesetzte

[a] Dig. ad municipalem et de incolis 50. 1 Cod. de incolis 10. 39.

That aufgehoben [b]. Manche Personen aber haben ihren Wohnsitz gesetzlich an einem bestimmten Orte, ohne Rücksicht auf eigene Wahl, domicilium necessarium [c]. Der Wohnort kommt in Betracht theils bei der Frage nach dem Gerichtsstand einer Person, theils bei der Frage, nach dem Rechte, welches Ortes deren Rechtsverhältnisse zu beurtheilen seyen? [2] Bald mit Rücksicht auf den Wohnort, bald aber auch relativ mit Rücksicht auf andre Umstände bestimmt sich der Begriff der Anwesenheit und Abwesenheit (praesentia, absentia).

Anm. [1] L. 203. D. de V. S. ... eam domum unicuique nostrum debere existimari, ubi quisque sedes et tabulas haberet suarumque rerum constitutionem fecisset. L. 7. Cod. h. t. Cives quidem origo, manumissio, allectio vel adoptio facit, incolas vero domicilium. Et in eodem loco singulos habere domicilium non ambigitur, ubi quis larem rerumque ac fortunarum suarum summam constituit, unde rursus non sit discessurus, si nihil avocet; unde cum profectus est, peregrinari videtur, quo si rediit, peregrinari iam desiit. cf. L. 17. §. 13. L. 27. §. 1. D. h. t. Gleichzeitig mehrere Wohnsitze: L. 5. 6. §. 2. L. 27. §. 2. D. h. t. — Ueber origo und domicilium (municipes und incolae, ius originis und ius incolatus) nach römischem und heutigem Recht vgl. Sav. VIII. S. 39 ... 66. 89 ... 95.

[2] Sav. VIII. S. 67 ... 89 (röm. Rt.), S. 95 fgg. (heut. Rt.); vgl. Wächter Hdb. II. §. 18 ... 20. Unger I. §. 22. 23.

II. Von den juristischen Personen.

§. 41.

A. Nähere Bestimmung des Begriffs. Arten [1].

Eine juristische Person ist ein Rechtssubject, das ohne natürliche Persönlichkeit nur vermöge der juristischen Vorstellung besteht, also als Rechtssubject nur ein intellectuelles, kein natürliches Daseyn hat. Es gehört dazu die Anerkennung der Persönlichkeit durch das Recht, sie beruhe auf einem Rechtssatz oder auf besonderer Bewilligung von Seiten der Staatsgewalt. Die äußere Unterlage der juristischen Person kann bestehen in einer Vereinigung natürlicher Personen (universitates, sc. personarum, Gemeinheiten); die wichtigste Gesammtheit dieser Art aber, der Staat selbst, wird in privatrechtlichen Beziehungen durch den Fiscus, d. i. das gesammte Staatsvermögen, als eigene juristische Person vorgestellt [2].

[b] L. 20. 27. §. 2 in f. L. 31. D. h. t. [c] L. 22. §. 1. L. 38. §. 3. D. h. t. — L. 3. 4 L 17. §. 11. ibid. — L. 23. §. 1. h. t. — L. 22. §. 3. cf. L. 27. §. 3. ibid.

Die juristische Persönlichkeit kann auch sonst an einen Güterinbegriff geknüpft seyn, der gewissem Zwecke gewidmet ist, zu dessen Sicherung und Förderung ein eigenes jenem Vermögen unsichtbar inwohnendes Rechtssubject angenommen wird (Stiftungen, piae causae)[3]. Das Wesen dieser juristischen Personen aber besteht darin, daß sie als selbständige rechtsfähige Individuen in die Reihe der im Staate anerkannten Persönlichkeiten treten und als wahre Subjecte von Rechtsverhältnissen (Vermögensverhältnissen) gelten[4], wodurch jedoch eine Verschiedenheit in dem Umfang der Rechtsfähigkeit der verschiedenen juristischen Personen nicht ausgeschlossen ist.

Anm. 1 Vgl. überhaupt Sav. §. 85...102. Bd. II. S. 235...375. und dazu Puchta in d. krit. Jahrb. IV. S. 701...715, im Art. Corporation (Rechtslexikon Bd. III. S. 65...79., kl. civ. Schriften Nr. 28.), Vorles. §. 25...28; dazu mit partikularrechtlicher Beziehung Pfeiffer die Lehre von den jur. Pers. nach gemeinem und württemb. Rt. Tübingen 1847. Uhrig Abh. über die jur. Pers. nach d. gemeinen und dem besondern Recht im Königr. Bayern. Dillingen 1854. Unger I. §. 42...44. — Dirksen über den Zustand der jur. Pers. nach R. R. in seinen civ. Abh. II. 1.

2 Streitig: ob im Privatrecht als besondre juristische Personen in Betracht kommen a) die (successiven) Inhaber der Staats- oder Kirchengewalt? L. 56. D. de legat. II. (31.) Quod principi relictum est, qui, antequam dies legati cedat, ab hominibus ereptus est, successori eius debetur. cf. L. 57. eod. Si Augustae legaveris et ea inter homines esse desierit, deficit quod ei relictum est. cap. 5. de rescript. in 6to. Sedes ipsa (apostolica) non moritur. b) die (gleichzeitigen oder successiven) Inhaber sonst einer obrigkeitlichen Gewalt, Aemter? L. 25. D. ad municip. 50. 1. Magistratus municipales, quum unum magistratum administrent, etiam unius hominis vicem sustinent. cf. L. 20. §. 1. D. de ann. leg. 33. 1. — Mühlenbruch §. 196. Göschen I. S. 201. Böcking Inst. §. 62. *h. k.* Dagegen Sav. §. 103. Vgl. Uhrig S. 21. 49.

3 Ueber die Behandlung der Erbschaft (sog. hereditas iacens) als jurist. Person vgl. unten §. 465. Anm. 1.

4 L. 22. D. de fideiussor. 46. 1. Hereditas personae vice fungitur, sicuti municipium et decuria et societas. Mühlenbruch in seiner doctrina pand. §. 195. bezeichnet die jur. Personen nicht unpassend als solche „quae, cum in oculos non incurrant, tamen mente et cogitatione informantur tamquam personae, quibus civitas tribuatur"; vgl. jedoch Böcking I. §. 36. — Streitfrage: ob auch Grundstücke, insofern ihnen Dienstbarkeiten zustehen oder darauf haften, Privilegien damit verbunden sind oder Reallasten darauf ruhen, als jur. Personen anzusehen sind? Heise Grdr. I. §. 98. Böcking Inst. §. 62. d. Pand. §. 36. Dagegen mit den meisten Sav. §. 103. Puchta §. 28. not. l. „Diese schon ihrem Resultat nach höchst widernatürliche Ansicht bedarf kaum einer Widerlegung"; wogegen freilich Böcking: „Unbegründete Aburtheilung ist gewiß

kaum eine Widerlegung." Vgl. z. B. a) L. 12. D. de serv. 8. 1. „Fundo servitus adquiritur", L. 31. D. de s. p. r. 8. 3. „num imus fundus id ius aquae amisisset", u. a.; sodann L. 31. in f. D. de neg. gest. 3. 5. „sententia praedio datur"; L. 7. pr. D. de publican. 39. 4. „in vectigalibus ipsa praedia non personas conveniri," u. a. Dagegen b) L. 17. §. 3. D. de s. p. u. 8. 2. „hoc igitur pollicetur venditor, sibi quidem stillicidiorum servitutem deberi, se autem nulli debere"; L. 5. §. 9. D. de op. n. nunt. 39. 1. „ius suum diminuit, alterius auxit, hoc est, ... servitutem aedibus suis imposuit"; L. 86. D. de V. S. Quid aliud sunt iura praediorum quam praedia qualiter se habentia, ut bonitas, salubritas, amplitudo? und L. 4. §. 5. D. fin. reg. 10. 1. „magis fundo quam personis fines adiudicari intelliguntur". Auch sogar der Ausdruck „pecori debetur appulsus" findet sich in L. 1. §. 18. D. 43. 20., und „ager itineri servit" in L. 13. §. 1. D. 8. 3. Wer den Ausdruck „praedium serviens" urgirt, müßte consequent auch die bewegliche Sache, quae personae servit, zu den jur. Personen zählen. Vgl. noch Elvers' röm. Servitutenlehre I. S. 95. fg. und Kuntze in der Heidelb. krit. Ztschr. I. S. 549. fg. Wenn hiernach jene weite Ausdehnung des Begriffs der jur. Person mit Recht verworfen wird, so ist andererseits nicht minder die Kühnheit zu mißbilligen, welche das Product einer eben so berechtigten als alten wissenschaftlichen Abstraction mit einer Vogelscheuche vergleicht (Brinz I. Vorrede S. XI.) und einen in der Rechtswissenschaft und Gesetzgebung wie im Leben eingebürgerten Begriff, der zwar durch die juristische Kunst geschaffen, aber keineswegs erkünstelt ist, preisgibt, um eine andere, minder plastische und unbequemere Abstraction („Zweckvermögen" Brinz I. S. 172.) an die Stelle zu setzen. Ich habe oben den Ausdruck „Fiction" und „fingirte Person" absichtlich vermieden, weil gerade damit einige Neuere die Vorstellung einer gekünstelten Erfindung verbinden, während in der That die „juristische Person" nur der begriffmäßige Ausdruck dessen ist, was sich mit einer Art von Nothwendigkeit im Rechtsleben gestaltet hat, und auch von dieser Fiction gilt, was Dankwardt (Nationalöconomie und Jurisprudenz II. S. 8. Anm. 14) treffend bemerkt, daß solche Fictionen der **Verstand** mache, um eine Menge Einzelnheiten unter einen einfachen oder bereits bekannten Gesichtspunkt zu bringen. Es scheint mir nicht verständig und keine Vervollkommnung des Systems, ohne Noth wieder aufzugeben, was so der Verstand der Jahrhunderte gemacht hat. Unger in der krit. Ueberschau VI. S. 156. fg.

B. Von einzelnen Arten juristischer Personen insbesondere.

1) Gemeinheiten. Universitates [a].

§. 42.

a) Wesen derselben.

Eine Gemeinheit, universitas [b], Corporation [1], ist eine juristische Person, welche durch die Vereinigung einer Mehrheit

[a] Dig. quod cuiuscunque universitatis nomine vel contra eam agatur 3. 4. ad municipalem 50. 1. et sqq. de collegiis et corporibus 47. 22. cf. Cod. de iure reipublicae 11. 29. de privilegiis corporatorum 11. 14. [b] L. 1. §. 3. L. 2. D. h. t. cf. L. 1. Cod. de iudaeis. 1. 9.

natürlicher Personen zu einem idealen Rechtssubject gebildet wird, z. B. Städte [c], Dörfer [d], d. i. Gemeinden im vorzüglichen Sinn [2], Zünfte und manchfaltige andre Vereine, Collegia [e]. Die Corporation aber ist ein von ihren einzelnen Mitgliedern verschiedenes und ungeachtet des Wechsels derselben stets ein und dasselbe Rechtssubject [f]. Die Mitglieder sind nicht pro parte Subjecte der Vermögensverhältnisse der Gesammtheit [g]; vielmehr können sie wie fremde Personen zu dieser selbst in besondre Rechtsverhältnisse treten, wie zu andern Privatpersonen [h]. Welche Verpflichtungen aber und welche Vortheile die Mitglieder der Corporation als solche haben, darüber gibt es keine allgemeine Regel; innerhalb des Begriffs der Corporation ist die größte Manchfaltigkeit der Verhältnisse möglich; es ist insbesondere mit dem Wesen der Corporation auch wohl vereinbar, nicht nur, daß dieselbe allein oder vorzugsweise den Privatvortheil der Mitglieder bezwecke (daher man wohl Privatcorporationen und öffentliche Corporationen unterscheiden mag), sondern auch, daß den Mitgliedern bestimmte Theilansprüche an den Nutzungen oder dem Gewinn des Corporationsvermögens und im Falle der Auflösung an diesem selbst zustehen [3]. Auch kann in Ansehung des Umfangs der Rechtsfähigkeit [4] unter Corporationen verschiedener Art ein Unterschied bestehen.

Anm. [1] Der Ausdruck corporatio findet sich in nov. Severi II. (corp. iur. anteiust. vol. II. p. 339. „publicae corporationis"); corpus aber als Bezeichnung der Gesammtheit kommt schon im classischen Sprachgebrauch und corporati für die Mitglieder in den spätern Rechtsquellen häufig vor. Vgl. not. a. L. 1. §. 7. D. de quaest. 48. 18. L. 1. pr. §. 1. D. h. t. 3. 4. „Collegia, quorum corpus senatusconsultis atque constitutionibus divalibus confirmatum est," . . . „quibus permissum est corpus habere, collegii, societatis, sive cuisque alterius eorum nomine."

[2] Die Gemeinden werden als personae, publicae personae, bezeichnet, z. B. persona coloniae bei den röm. Feldmessern (Ausg. von Lachmann I. S. 16. 54.). Die Stadtgemeinden heißen gewöhnlich respublicae, civitates, und am häufigsten municipes, d. i. die Gesammtheit der Bürger = respublica, sowohl in Colonien als in Municipien. Dörfer, vici, obwohl nach röm.

[c] L. 1. §. 1. L. 2. D. h. t. L. 16. D. de V. S. L. 26. 27. pr. D. ad Sc. Trebell. 36. 1. L. 2. D. de poss. 41. 2. [d] L. 73. §. 1. D. de legat. I. (30). L. 2. §. 5. Cod. de iure iur. propt. cal. 2. 59. cf. L. 30. D. ad municip. 50. 1. [e] L. 1. pr. D. h. t. L. 10. §. 4. D. de in ius voc. 2. 4. L. 17. §. 3. L. 41. §. 3. D. de excus. 27. 1. [f] L. 7. §. 2. D. h. t. cf. L. 76. D. de iud. 5. 1. [g] L. 1. §. 1. L. 2. 7. pr. §. 1. D. h. t. L. 27. D. de reb. cred. 12. 1. L. 1. pr. L. 6. §. 1. D. de div. rer. 1. 8. L. 10. §. 4. D. de in ius voc. 2. 4. L. 1. §. 7. D. quaest. 48. 18. [h] L. 9. D. h. t. L. 1. §. 15. D. ad. Sc. Trebell. 36. 1.

Verfassung Bestandtheile eines Stadtgebietes, kommen doch zugleich auch als eigene jur. Personen vor (not. c. d.) Sav. §. 86.

³ Corporationen dieser Art waren nach R. R. z. B. die societates publicanorum oder vectigalium publicorum, societates aurifodinarum, argentifodinarum, salinarum. L. 1. pr. D. h. t. 3. 4. L. 59. pr. D. pro soc. 17. 2. L. 59. §. 1. D. de hered. instit. 28. 5. L. 3. §. 1. L. 9. §. 4. L. 13. pr. D. de publican. 39. 4. cf. L. 3. §. 4. D. de bon. poss. 37. 1. L. 31. §. 1. D. de furt. 47. 2. Der römische Begriff der Universitas reicht demnach vollkommen aus, um die manchfaltigen, jenen römischen Gesellschaften mehr oder minder verwandten Gesellschaften oder Vereine heutiger Zeit, z. B. Handels- und Actiengesellschaften, Kunst- und Lesevereine u. dgl. m. darunter zu subsumiren. Es ist ungegründet, wenn man darin eine ganz neue Art von juristischen Personen finden will, die man durch den Namen „Genossenschaften" zu der römischen Universitas in Gegensatz stellt, und von dieser dadurch unterscheidet, daß man den Mitgliedern ein sog. Gesammteigenthum, ein Theileigenthum, das aber doch nicht Miteigenthum und bei welchem das Recht auf Theilung ausgeschlossen sey, beilegt (z. B. Bluntschli deutsches Privatrecht I. §. 33. fg.); die Idee dieses Gesammteigenthums beruht auf derselben noch unvollendeten Begriffsentwicklung, von der sich auch bei den Römern noch eine Spur zeigt, wenn sie die universi cives oder municipes als Subject des Volks- oder Gemeinde-Eigenthums nennen (vgl. dazu Gerber in Linde's Ztschr. n. F. XII. 7.). Es ist ferner unnöthig (mit Unger I. §. 43.), zu der Idee von Collectivgesellschaften oder Gesellschaften mit collectiver (formeller) Personeneinheit seine Zuflucht zu nehmen, welche uneigentliche juristische Personen genannt werden, in der That aber genau besehen eigentliche sind. Die Hauptfrage aber ist, ob jene Gesellschaften wirklich als juristische Personen anzusehen sind, wobei man sich vor allem von dem falschen Satze lossagen muß, als ob nach R. R. einem Verein diese Eigenschaft nur kraft specieller Verleihung derselben zu Theil werden könne. In den meisten Beziehungen kann man wohl, um die eigenthümlichen Rechtsverhältnisse derselben zu construiren, mit einer Modification der Grundsätze über den Gesellschaftsvertrag ausreichen (Schmid im civ. Arch. XXXVI. 18.). Aber nicht nur ist die Annahme einer jur. Person an sich einfacher und zugleich einer sehr geläufigen Vorstellung entsprechend, sondern auch in einigen Beziehungen fast unabweislich, z. B. in Ansehung der Eintragung des Grundeigenthums der Gesellschaft in öffentlichen Büchern, der Theilnahme solcher Personen, welche im Erwerb von Grundbesitz beschränkt sind, der Bestellung von Servituten für die Mitglieder an Sachen der Gesellschaft und umgekehrt. Unger §. 43. Anm. 8., und vgl. jetzt selbst gegen seine frühere Ansicht: Unger in der krit. Ueberschau VI. 9. Uebrigens vgl. über den Unterschied der Corporation von der gewöhnlichen Gesellschaft Pfeiffer S. 56 . . . 90, der jedoch zum Theil den Gegensatz durch falsche Consequenz übertreibt, mit Unger a. a. O. S. 328. fg.

⁴ Vgl. darüber Sav. §. 90...95. Pfeiffer S. 98...112. Unger S. 340. fg. Wenn der letzte S. 337. Anm. 25. lehrt, daß sog. Collectivgesellschaften nicht, wie Corporationen, zu Erben eingesetzt werden können, so würde dies noch keinen wesentlichen Unterschied von juristischen Personen begründen, da derselbe

S. 342. Anm. 50. zugleich lehrt, daß nicht alle Corporationen in gleichem Umfang rechtsfähig seien, und nach R. R. bekanntlich nicht alle einsetzungsfähig waren. Uebrigens ist auch nicht einzusehen, warum nicht eben so wie das Legat auch die Erbeinsetzung wenigstens als sub modo geschehene Einsetzung sämmtlicher Mitglieder angesehen werden könnte.

§. 43.

b) Vertretung der Gemeinheit.

Damit die Corporation, die keinen natürlichen Willen hat [a], juristischer Handlungen fähig werde, bedarf es einer Vertretung derselben durch natürliche Personen, so daß, was diese als Repräsentanten jener beschließen und thun, als Beschluß und Handlung der Corporation gilt [b]. Die Art und Weise dieser Vertretung wird zunächst durch die Verfassung der Corporation bestimmt, worüber das gemeine Civilrecht keine allgemeinen Normen enthält [1]. Das Recht, Beschlüsse zu fassen, und Geschäftsführer zu wählen, soll aber jeder Corporation zustehen [c]; man muß daher, in Ermanglung einer besondern Verfassungsnorm, die sämmtlichen willensfähigen Mitglieder der Corporation als die natürlichen Repräsentanten derselben ansehen, und die Entscheidung der Mehrheit derselben [2] als Beschluß der Gesammtheit gelten lassen [d], dessen Wirksamkeit jedoch noch durch Oberaufsicht des Staats beschränkt werden kann [3].

Anm. [1] Corporationen mit ausgebildeter Verfassung nennt man unrömisch universitates ordinatae, andere inordinatae.

[2] Dagegen Pfeiffer S. 92. — Ist die Mehrheit Aller erforderlich: oder genügt nach gehöriger Berufung Aller die Mehrheit der erschienenen Mitglieder? L. 19. D. de tut. dat. 26. 5. Wening-Ingenheim I. §. 102. — Muß wenigstens eine gewisse Anzahl der Mitglieder an der Abstimmung Theil genommen haben? L. 3. 4. D. h. t. L. 2. 3. D. de decretis. 50. 9. L. 45. (46.) Cod. de decurion. 10. 31. Vgl. Kierulff 1. S. 139. Sav. §. 96. 97.

[3] Vgl. Sav. §. 98...100.

§. 44.

c) Entstehung von Gemeinheiten.

Eine Universitas entsteht durch die Vereinigung Mehrerer für einen gemeinschaftlichen Zweck zu einer Gesammtheit, unter Aner-

[a] L. 1. §. ult. D. de poss. 41. 2. L. un. §. 1. D. de libertis univ. 38. 3. [b] L. un. §. 1. cit. L. 97. D. de cond. et dem. 35. 1. L. 14. D. ad munic. 50. 1. [c] L. 1. §. 1. D. h. t. L. 4. D. de colleg. et corp. [d] L. 160. §. 1. D. de R. J. L. 19. D. ad municip. L. 5. §. 1. Cod. de legation. 10. 63.

kennung ihrer juristischen Persönlichkeit von Seiten des Staats [a], welche aber auch schon durch einen Rechtssatz gegeben seyn kann, und andrerseits noch nicht in jeder bloß polizeilichen Genehmigung enthalten ist.

Anm. [1] Vgl. überhaupt Sav. II. S. 275. fgg. und Puchta im Rechtslex. III. S. 67. 68. Sint. §. 15. Nr. II.

[2] L. 85. D. de V. S. Neratius Priscus tres facere existimat collegium, et hoc magis sequendum est. Diese Stelle sagt nur, daß eine Verbindung wenigstens drei Theilnehmer zählen müsse, um den Begriff des Collegium und somit die gesetzlichen Bestimmungen über Collegien darauf anzuwenden; ein Collegium ist aber als solches nicht sofort jur. Person, kann sogar verboten (illicitum collegium) seyn; sie schließt nicht aus, daß die Staatsgewalt auch in Ermanglung der Dreizahl der Theilnehmer zu irgend einem Zweck jur. Persönlichkeit verleihe. Vgl. Puchta S. 28. not. m. Pfeiffer S. 28.

§. 45.

d) Aufhebung von Gemeinheiten.

Eine Universitas kann aufgehoben werden 1) dadurch, daß alle Mitglieder derselben durch Tod oder rechtmäßigen Austritt wegfallen [1], 2) dadurch, daß ihr die Anerkennung der juristischen Persönlichkeit von Seiten des Staates entzogen wird, was bei beschränkter Verleihung derselben unter Umständen auch von selbst oder etwa nach besondrer Festsetzung zufolge eines richterlichen Erkenntnisses über das Vorhandensein der thatsächlichen Verhältnisse, mit welchen diese Folge verknüpft ist, eintreten kann [2]. Ein Beschluß der Corporation ist an und für sich kein Aufhebungsgrund derselben [3]. Doch kann dadurch nicht nur die Staatsgewalt zur Aufhebung der Corporation sich bestimmt finden; es kann auch, wo kein öffentliches Interesse entgegensteht, durch gemeinschaftlich beschlossenen Austritt aller Mitglieder, und, sofern dieser Fall in den Statuten der Corporation vorgesehen ist, durch verfassungsmäßigen Beschluß der Mehrheit die Aufhebung herbeigeführt werden. Das Vermögen der aufgelösten Corporation muß man der Regel nach consequent gleich erblosem Gut ansehen (§. 608). Aber die wohlerworbenen Rechte Einzelner in Ansehung desselben, also auch nicht die der gewesenen Mitglieder, dürfen nicht beeinträchtigt werden [4]. Solche Rechte können insbesondere durch einen gültigen Theilungsbeschluß vor Auflösung der Corporation begründet

[a] L. 1. D. h. t. L. 3. §. 1. D. de colleg.

und es kann selbst ohne diesen schon nach der besondern Natur einer Corporation, namentlich einer Privatcorporation, oder vermöge vorgängiger Festsetzung in den Statuten derselben als sich von selbst verstehend anzunehmen seyn, daß das Vermögen den gewesenen Mitgliedern nach gewissem Theilungsmaßstab anheimfalle [5].

Anm. [1] L. 7. §. 2. D. h. t. In universitatibus nihil refert, utrum omnes iidem maneant, an pars maneat, vel omnes immutati sint. Sed si universitas ad unum redit, magis admittitur, posse eum convenire et conveniri, cum ius omnium in unum reciderit et stet nomen universitatis. Vgl. Sav. S. 280. Puchta §. 28. not. 5. Sint. §. 15. not. 29. Selbst nach dem Aussterben aller Mitglieder ist noch die Fortdauer derselben jur. Person möglich, sofern das Vermögen derselben bis zum Eintritt neuer Mitglieder als Stiftung erhalten wird. Sav. a. a. O. Seuffert III. S. 406.

[2] Nur in so fern kann von einer Aufhebung durch richterliche Verfügung die Rede seyn. Mühlenbruch §. 197.

[3] Puchta a. a. O. S. 73. Vgl. Sav. II. S. 279. 341. 348. Kierulff I. S. 144. Göschen I. §. 65.

[4] Vgl. darüber Puchta a. a. O. S. 73. fg. Sav. II. S. 342. Thibaut civ. Abh. XXVIII. Haubold (s. Gaudlitz) opusc. II. p. 546 . . . 620. cf. p. LXIII . . . LXXIX. Kori in Langenn und Kori's Erörtr. Leipzig 1830. Nr. 1. 2. Brackenhoeft im Rechtslex. IV. S. 537 . . . 541.

[5] z. B. bei einer corporativen Actiengesellschaft nach Maßgabe der Actien der einzelnen Theilnehmer. Man kann nicht (mit Seuffert §. 53. not. 12. u. a.) als allgemeine Regel aufstellen, daß „die Theilung, wo sie stattfindet, durch einen der Auflösung vorhergehenden Act geschehen müsse, weil nach der Auflösung nur einzelne Personen vorhanden sind, denen kein Recht auf das Vermögen der nicht mehr existirenden jur. Person zusteht." Ein Mißgriff ist es, wenn man die Regel des Paragraphen zu einem Prinzip erhebt, von dem es keine Ausnahme geben könne. So ist es auch nicht zu billigen, wenn Unger §. 43. a. E. einer mit Corporationsrecht beliehenen Actiengesellschaft nur Gläubigerrechte auf die bona vacantia einräumt, während das Vermögen einer aufgelösten Collectivgesellschaft ipso iure den Mitgliedern anheimfallen oder bleiben soll: eine Ansicht, welche schon deshalb aller practischen Bedeutung ermangelt, weil auch im ersten Fall der Fiscus die bona, ex quibus nihil fisco acquiri potest (L. 1. §. 1. D. de iure fisci. 49. 14.), wenn die Gläubigerrechte sich auf das ganze Vermögen erstrecken, nicht annimmt. Es widerstrebt der Natur der Sache, eine wesentliche Aenderung des materiellen Verhältnisses anzunehmen, wenn einer Actiengesellschaft unter Genehmigung ihrer ursprünglichen Statuten erst hinterher Corporationsrecht verliehen wird. Damit stimmt auch Savigny überein (Obligationenrecht II. S. 113. not. f [1].), dem ich jedoch darin nicht beistimmen kann, daß er selbst nach Verleihung des Corporationsrechts die Actionäre als Miteigenthümer, nicht die Corporation als Eigenthümerin ansieht. Mir ist es unzweifelhaft, daß, was die Stellen in §. 42. not. g. aussagen, auch auf die in L. 1. §. 1. D. h. t. genannten societates, also auch auf die von Savigny selbst ihnen verglichenen

corporativen Actiengesellschaften Anwendung findet, beziehungsweise, wenn es noch praktisch wäre (L. 10. §. 4. D. de in ius voc. L. 1. §. 7. D. de quaest.), Anwendung fände, und die juristische Construktion des Verhältnisses ist einfacher und in Wahrheit natürlicher, wenn man die Gesammtheit im Gegensatz der Mitglieder als das alleinige Subject des Vermögens ansieht.

§. 46.

2) Stiftungen [a].

Wenn Güter zu einem frommen oder gemeinnützigen Zwecke bestimmt werden, so kann daraus eine eigene juristische Person entstehen [1], die als Subject eben jenes Vermögens gilt, Stiftung, pia causa [2]. Es bedarf dazu gemeinrechtlich nicht in jedem Fall einer speciellen Ertheilung der Persönlichkeit [3]; für einen anerkannt zulässigen Zweck kann durch rechtsbeständige Privatbestimmung, insbesondere durch letztwillige Verfügung, sofort eine solche juristische Person geschaffen werden [4].

Anm. 1 Anderer Meinung Roßhirt im civ. Arch. X. 13. Fritz Erläutr. I. S. 153. Vang. §. 60. Vgl. dagegen Sav. II. S. 262 . . . 272. Puchta Vorles. II. S. 61. und jetzt auch Vang. 6. Aufl. §. 60. Anm. Dazu jetzt überhaupt Roth, über Stiftungen, in d. Jahrb. für Dogmatik des Privatrechts I. 4. S. 189 . . . 220.

2 Pia causa bezeichnet zunächst nur den frommen oder wohlthätigen Zweck einer Willensverfügung. L. 19. Cod. de ss. eccles. 1. 2. L. 28. 46. 49. Cod. h. t. L. 34. Cod. de donat. 8. 54. nov. 131. cap. 12. Man braucht darnach das Wort auch für die daraus hervorgehende juristische Person, die man noch bestimmter durch pium corpus bezeichnet. Ob übrigens eine bestimmte Anstalt eine jur. Person für sich bilde, oder nur ein Bestandtheil des Vermögens einer andern Corporation, z. B. einer Gemeinde, sey, ist eine thatsächliche Frage. Seuffert's Arch. VI. 135.

3 Anderer Meinung sind die meisten mit Savigny S. 276 fgg. Mühlenbruch rechtl. Beurtheilung des Stäbel'schen Beerbungsfalles, Halle 1828, und Fortsetzung von Glücks Comment. Bd. 40. S. 1. fgg. Eben so Roth a. a. O. S. 196. fg. S. 205. fg.

4 Arg. L. 24. 28. 49. Cod. h. t.; L. 46. ibid. (lex restituta). nov. 131. cap. 10. 11. 15. — Northoff die Gültigkeit der Erbeseinsetzung einer zu errichtenden milden Stiftung in dem Testament des weil. Blum. Göttingen 1833. Puchta §. 28. Vorles. I. S. 64. 65. und in d. krit. Jahrb. IV. S. 707. bis 712. Kierulff I. S. 150 . . . 152. Arndts im Rechtslexikon III. S. 915. 916. Beseler deutsches Privatrecht I. §. 72. Bluntschli I. §. 45. Uebereinstimmend damit in Bezug auf österreich. Recht ist Unger I. S. 349. fg., jedoch unter Anerkennung der Nothwendigkeit obrigkeitlicher, beziehungsweise geistlicher Confirmation,

[a] Cod. de episcopis et clericis et orphanotrophis et xenodochis et brephotrophis et ptochotrophis etc. 1. 3.

welche über die Zulässigkeit des Zweckes entscheide. Vgl. noch Seuffert's Arch. XI. 9.

§. 47.

3) Der Fiscus [a].

Fiscus heißt das gesammte Staatsvermögen als juristische Person gedacht, d. i. eigentlich der Staat selbst als Subject von Vermögensverhältnissen. Der Fiscus hat nicht nur die vollkommenste Vermögensrechtsfähigkeit, sondern genießt auch vieler Vorrechte vor andern Personen. Sonst aber sind regelmäßig die allgemeinen Vorschriften des Vermögensrechts auch auf den Fiscus anwendbar [b].

Anm. L. 10. D. h. t. (Modestin.) Non puto delinquere eum qui in dubiis quaestionibus contra fiscum facile responderit, Puchta §. 26. not. e. Vorles. S. 57. Die ... interessante Stelle ist immer von der herrschenden Ansicht so verstanden worden, daß in dubio contra fiscum zu sprechen sey. Dagegen Böcking Pand. I. §. 45. not. e., nach welchem „der so oft mißverstandene Satz Modestins aus der Natur der Privilegien als besonderer Abweichungen vom ius commune" sich ergeben soll.

Drittes Capitel.

Von den Rechtsgegenständen oder Sachen.

§. 48.

I. Juristischer Begriff der Sache [a].

Sache (res) ist im weitern Sinn alles, was bloß gegenständliche Bedeutung im Rechte hat [b], im engern Sinn ein körperlicher für sich bestehender Gegenstand [c], woraus sich von selbst ergibt, daß der Eintheilung der Sachen in körperliche und unkörperliche [d] die weitere Bedeutung zum Grunde liegt [1]. Der natürliche Begriff der Sache ist aber im Recht auf ähnliche Weise

[a] Dig. de iure fisci. 49. 14. Cod. 10. 1. cf. Theod. Cod. 10. 1. Paul. sentt. 5. 12. Fragm. de iure fisci. [b] L. 3. Cod. de fiscal. usur. 10. 8. L. 2. Cod. ne uxor pro mar. 4. 12.

[a] J. de rerum divisione 2. 1. Dig. 1. 8. cf. Gai. II. 2...39. [b] L. 5. pr. L. 23. D. de V. S. cf. L. 88. 178. pr. L. 222. ibid. [c] pr. §. 11. sqq. J. h. t. cf. tit. D. de rei vindicatione 6. 1. [d] J. de rebus corporalibus et incorporal. 2. 2. L. 1. §. 1. D. h. t.

erweitert, wie der natürliche Begriff der Person; wie eine Mehrheit natürlicher Personen ein Rechtssubject bilden kann (universitas sc. personarum), so wird auch wohl ein Inbegriff mehrerer einzelner Sachen [2] (universitas rerum [3], Sachgesammtheit) in bestimmten Beziehungen als ein Rechtsobject, als ein Collectiv-Ganzes, behandelt [4]. Und wie so eine Mehrheit körperlicher Sachen im Recht bisweilen als eine Sache erscheint, so kann auch ein Inbegriff von körperlichen und unkörperlichen Sachen, ein Inbegriff von Vermögensverhältnissen, als ein Ganzes (universitas) aufgefaßt werden [e] (sog. universitas iuris [5]).

Anm. [1] L. 1. §. 1. D. h. t. Corporales hae sunt, quae tangi possunt, veluti fundus, homo, vestis etc. Incorporales sunt, quae tangi non possunt, qualia sunt ea, quae in iure consistunt, sicut hereditas, ususfructus et obligationes quoquo modo contractae. Nec ad rem pertinet, quod in hereditate res corporales continentur; nam et fructus, qui ex fundo percipiuntur, corporales sunt, et id quod ex aliqua obligatione nobis debetur, plerumque corporale est, veluti fundus, homo, pecunia; nam ipsum ius successionis et ipsum ius utendi fruendi et ipsum ius obligationis incorporale est. Vgl. Ulp. XIX. 11. ususfructus, hereditas, tutela legitima. L. 18. §. 2. D. de her. pet. 5. 3. res hereditarias, sive iura sive corpora sint. L. 13. §. 1. D. de damno infecto 39. 2. sive corporis dominus sive qui ius habet, utputa servitutem. Fragm. Vat. §. 92. sicut corpora vindicanti ita et ius. L. 4. §. 27. D. de usucap. 41. 3. nec possideri intelligitur ius incorporale. L. 3. Cod. de quadr. praescript. 7. 37. res sive mobiles sive immobiles seu se moventes vel iura incorporalia. In diesen Stellen spricht sich nur ein Gegensatz des Eigenthums zu andern Rechten aus, indem das erste mit seinem Gegenstande identificirt wird, wie es auch sonst bei Juristen sowohl wie im gemeinen Sprachgebrauch gewöhnlich ist, blos die Sache (res, fundus u. s. w.) zu nennen, wo man das Eigenthumsrecht an derselben im Sinn hat; vgl. Unger §. 45. — In L. 46. D. de cond. indeb. 12. 6. kommen res corporales als Gegensatz einer Geldsumme vor (§. 51.).

[2] L. 30. pr. de D. usucap. 41. 3. Tria autem sunt genera corporum: unum quod continetur uno spirito et graece ἡνωμένον vocatur, ut homo, tignum, lapis et similia; alterum quod ex contingentibus, hoc est, pluribus inter se cohaerentibus constat, quod συνημμένον vocatur, ut aedificium, navis, armarium; tertium, quod ex distantibus constat, ut corpora plura non soluta sed uni nomini subiecta, veluti populus, legio, grex.

[3] L. 70. §. 3. D. de usufr. 7. 1. Quoties gregis vel armenti vel equitii, i. e. universitatis ususfructus legatus est (non singulorum capitum). cf. L. 23. pr. D. de usucap. (universitas aedium). L. 2. §. 6. D. pro

[e] L. 64. D. de legat. III. L. 40. D. de peculio. 15. 1. L. 20. §. 10. D. de her. pet. 5. 3. L. 208. D. de V. S.

emt. 41. 4. (universitas fundi). L. 51. §. 1. D. locati 19. 2. (universitas consummationis).

[4] §. 18. J. de legat. 2. 20. Est gregis unum corpus ex distantibus capitibus, sicut aedium unum corpus est ex cohaerentibus lapidibus. Cf. L. 21. 22. D. de legat. I. (30.) L. 1. §. 3. L. 3. pr. D. de rei vind. 6. 1. L. 13. pr. L. 34. pr. D. de pign. 20. 1. L. 30. §. 2. D. de usucap. 41. 3. Vgl. Warnkönig im civ. Arch. XI. S. 179. Dagegen Puchta Inst. II. S. 491 . . . 493. Wächter Hdb. II. S. 234 fgg. und Erörtr. I. S. 1 . . . 35. Unger §. 57.

[5] L. 20. §. 10. D. 5. 3. „in hereditate . . . et in peculio castrensi vel alia universitate.“ L. 1. §. 4. D. de dote praeleg. 33. 4. „quod diximus, ipso iure dotem impensis minui, non ad singula corpora, sed ad universitatem erit referendum“. Glossa ad L. 1. §. 8. D. quando de peculio. 15. 2. „Peculium est universitas incorporea et iuris, in qua actiones continentur; sed illud verum est de corpore aliquo aut corporea universitate, ut equitio“. — Die Regel: res succedit in locum pretii et pretium in locum rei? Vgl. Hasse über universitas iuris et rerum im civ. Arch. V. 1. Mühlenbruch über sog. iuris et facti universitates im Arch. XVII. 12.

§. 49.

II. Rechtsfähigkeit der Sachen.

Nicht alle körperlichen Sachen sind fähig, Gegenstand von Rechten der Privatpersonen und daher Gegenstand des privatrechtlichen Verkehrs zu sein (res in commercio); manchen Sachen ist diese Fähigkeit entzogen (res extra commercium), während andre nur zufällig sich nicht im Eigenthum von Privatpersonen befinden (nullius in bonis sunt), aber wohl darin sich befinden könnten [a]. Zu jenen gehören: 1) res divini iuris, sacrae und religiosae [b], 2) res naturali iure omnium communes (aer, aqua profluens, mare et per hoc litora maris) [c], wovon jedoch einzelne Theile wohl durch Ausscheidung, so lange diese thatsächlich und erlaubter Weise besteht, die Eigenschaft einer res in commercio annehmen können [d]; 3) res publicae im engern Sinn, d. i. solche, welche, im Eigenthum des Staats oder auch einer Gemeinde befindlich, zu öffentlichem Gebrauche bestimmt sind (quae in publico usu habentur, non in pecunia vel patrimonio

[a] §. 12 . . . 16. 18. 47. J. h. t. [b] §. 7 . . . 9. J. h. t. L. 1. pr. 6. §. 2 . . . 5. L. 9. pr. . . . §. 2. D. h. t. L. 21. Cod. de sacrosanct. eccles. 1. 2. tit. Dig. de religiosis 11. 7. Cod. 3. 44. (res sanctae, §. 10. J. l. c. L. 8. 9. §. 4. 5. L. 11. D. h. t.) [c] §. 1. 3. 5. J. h. t. L. 2 . . . 4. D. h. t. L. 96. pr. D. de V. S. [d] L. 5. §. 1. L. 6. pr. L. 10. D. h. t. L. 14. pr. §. 1. L. 30. §. 4. D. de acquir. dom. 41. 1.

populi), als öffentliche Straßen, Plätze, Flüsse, Häfen, Brücken u. dgl. [e]. Außerdem ist in Ansehung mancher Sachen aus Rücksichten des öffentlichen Wohls der Verkehr beschränkt oder untersagt [f]. Der Körper einer freien Person wird juristisch nicht als Sache betrachtet [g].

III. Juristisch bedeutende natürliche Verschiedenheiten der Sachen.

§. 50.

A. Beweglichkeit und Unbeweglichkeit.

Unbewegliche Sachen, res immobiles, sind Grundstücke, fundi, praedia [a], d. i. begränzte Theile des Erdbodens (solum, res soli [b]), von denen aber zugleich die darin wurzelnden Pflanzen [c], sowie die darin gefesteten Gebäude [d] integrirende Bestandtheile bilden [1]. Alle andern Sachen sind bewegliche, res mobiles, moventia [e]. Wird diese Unterscheidung auf Vermögen überhaupt bezogen [2] (bewegliches und unbewegliches Vermögen), so muß man Sachenrechte, je nachdem sie eine bewegliche oder unbewegliche Sache zum Gegenstande haben, zu dem einen oder zum andern zählen [3]; Rechte, die mit einer unbeweglichen Sache verbunden sind, gehören natürlich auch zum unbeweglichen Vermögen; Forderungen aber sind regelmäßig vielmehr zum beweglichen Vermögen zu rechnen [4].

Anm. [1] L. 40. D. 19. 1. Arborum quae in fundo continentur non est separatum corpus a fundo. L. 7. §. 10. D. 41. 1. Omne, quod inaedificatur, solo cedit. L. 50. D. 9. 2. Superficies ad dominum soli pertinet.

[2] Die R. Rechtsquellen beziehen dieselben nur auf körperliche Sachen. L. 7. §. 4. D. de peculio. 15. 1. „res mobiles, soli, nomina debitorum." L. 15. §. 2. D. de re iud. 42. 1. „res mobiles, soli, iura". L. 2. 3. Cod. de quadr. praescript. 7. 37. „res sive mobiles, sive immobiles seu se moventes, vel in actionibus aut quocunque iure constitutas (vel iura incorporalia").

[3] Vgl. L. un. §. 1. Cod. de usucap. transform. 7. 31. „res quae immobiles sunt vel esse intelliguntur".

[e] §. 2. 4. J. h. t. L. 4. §. 1. L. 5. pr. D. h. t. cf. L. 15...27. D. de V. S. — Dig. de locis et itineribus publ. 43. 7. et sqq., de via publica 43. 10. sq., de fluminibus 43. 12 et sqq. [f] L. 4. §. 1. D. fam. ercisc. 10. 2. Cod. quae res venire non possunt. 4. 40. quae res exportari non debeant. 4. 41. (§. 300. not. u.) [g] L. 6. pr. D. de contr. emt. 18. 1. L. 83. §. 5. D. de V. O. 45. 1.

[a] L. 115. 211. cf. L 241. D. de V. S. [b] L. 1. §. 3. 4. 6. L. 8. §. 15. D. de vi. 43. 16. L. 1. §. 1. D. usufr. quemadm. cav. 7. 9. [c] L. 40. D. de act. emt. vend. 19. 1. L. 44. D. de rei vind. 6. 1. [d] L. 7. §. 10. D. de acquir. dom. 41. 1. L. 44. §. 1. D. de o. et a. 44. 7. L. 50. D. ad leg. Aquil. 9. 2. [e] L. 93. D. de V. S.

[4] Vgl. jedoch L. 15. D. de R. J. Is qui actionem habet ad rem recuperandam, ipsam rem habere videtur. L. 143. D. de V. S. Habetur quod peti potest. — Clem. 1. de V. S. Cumque annui reditus inter immobilia censeantur a iure etc.

§. 51.

B. Vertretbarkeit.

Sachen können bei Rechtsverhältnissen entweder als individuell bestimmte in Betracht kommen, species, certum corpus, oder als nur nach der Gattung bezeichnete Gegenstände, genus, incertum corpus [a]. Es gibt aber Sachen, bei denen ihrer Natur nach die Species gleichgültig sind, quae communi specie continentur [b], bei denen es nur auf Quantität und Qualität [c] ankommt, res quae pondere numero mensura valent oder consistunt [d]. Diese heißen vertretbare Sachen im vorzüglichen Sinn, res fungibiles [1], und werden juristisch von andern bloß nach dem Genus bestimmten Sachen, Gattungssachen, wohl unterschieden [2], obgleich auch sie keineswegs überall als vertretbare behandelt werden [e]. Eine vorzüglich wichtige vertretbare Sache ist Geld, pecunia, nummi [3].

Anm. [1] L. 2. §. 1. D. de reb. cred. 12. 1. Mutui datio consistit in his rebus, quae pondere, numero, mensura, consistunt; ... quia (*Hal.* quae) in genere suo functionem recipiunt per solutionem magis quam specie. Diese Stelle hat den Anlaß zur Bildung des Wortes res fungibiles gegeben. Zasius ad §. 30. J. 4. 6. Vgl. „choses fongibles“ Code civ. art. 1291. Die Bezeichnung „vertretbare Sachen“, nach Zachariä fast allgemein geworden, wird vermieden von Puchta §. 36., mißbilligt von Sav. VI. S. 123., welcher dafür den Ausdruck „Quantitäten“ setzt.

[2] L. 1. §. 7. D. 35. 2. Et omne quod ex bonis defuncti erogatur, refertur ad hanc legem: sive in corpore constet certo incertove, sive pondere, numero, mensura valeat, aut etiam si ius legatum sit, ut ususfructus, aut quod in nominibus est. cf. L. 2. §. 1. cit. Gai. II. 196. Ulp. XXIV. 7. — Wächter Hdb. II. S. 227 ... 234.

[3] Hoffmann, die Lehre vom Gelde. Berlin 1838. Sav., Obligationenrecht I. 3. 40. 41. Vgl. unten §. 205.

[a] L. 54. pr. L. 85. §. 3. D. de V. O. 45. 1. L. 6. pr D. de rei vind. 6. 1. L. 1. §. 7. D. ad. leg. Falcid. 35. 2. L. 2. pr. D. de reb. cred. 12. 1. [b] L. 29. D. de solut. 46. 3. cf. L. 26. Cod. de usur. 4. 32. [c] L. 34. §. 3. D. de legat. I. (30). L. 7. pr. D. de except. rei iud. 42. 1. [d] L. 1. §. 7. cit. L. 30. pr. L. 34. §. 6. D. de legat. I. L. 42. D. de iure dot. 23. 3. [e] L. 30. §. 6. L. 34. §. 4. D. de legat. I. L. 37. D. de V. O. 45. 1.

§. 52.
C. Verbrauchbarkeit.

Sachen, deren ordentliche ihrer Bestimmung entsprechende Benützung mit der Vernichtung ihrer Substanz oder Integrität verbunden ist, res quae usu consumuntur [a], heißen verbrauchbare (sog. res usu consumtibiles). Dazu wird auch das Geld gerechnet, insofern das Ausgeben desselben dem Verzehren gleich zu achten ist [b].

§. 53.
D. Theilbarkeit.

Während nach dem Naturgesetz alle Körper ins Unendliche theilbar sind, gelten juristisch doch als untheilbar diejenigen Sachen, welche ohne Zerstörung ihres Wesens nicht in mehrere Ganze zerlegt werden können [1], und diesen werden verglichen solche Sachen, bei denen eine Zertheilung nicht ohne unverhältnißmäßige Minderung ihres Werthes möglich ist [2]. Eine andere Frage ist es, ob eine Sache nach räumlich unterschiedenen Theilen (partes pro diviso) dem Rechte verschiedener Personen unterworfen seyn könne? Dies wird anerkannt bei Grundstücken [3], nicht bei beweglichen Sachen, die noch als natürliche Ganze bestehen [4]; doch kann wohl eine Sache, die, an sich ein selbständiges Ganzes, aber als Theil einer zusammengesetzten Sache verwendet, mit dieser zwar körperlich aber nicht wesentlich zusammenhängt, einem Andern gehören als dem Eigenthümer des zusammengesetzten Ganzen [a]. Dagegen kann eine jede eigenthumsfähige Sache, bewegliche oder unbewegliche, dergestalt unter Mehrere getheilt gedacht werden, daß allen die ganze Sache, aber jedem nur zum Theile, also keinem von ihnen irgend ein bestimmter reeller Theil ausschließlich gehört, res plurium communis pro partibus indivisis oder pro indiviso [b]. Diese sogenannte intellectuelle Theilung ist aber eigentlich nicht eine Theilung der Sache, sondern eine Theilung des Rechtes an derselben, d. i. des Rechtsinhalts [5], und in diesem Sinn sind gleich dem

[a] tit. de usufructu earum rerum, quae usu consumuntur vel minuuntur. 7. 5. §. 2. J. de usufr. 2. 4. [b] §. 2. J. l. c. L. 11. in f....L. 13. pr. D. de reb. cred. 12. 1.

[a] L. 23. §. 6. 7. D. de rei vind. 6. 1. [b] L. 25. §. 1. D. de V. S. L. 26. D. de poss. 41. 2. L. 8. D. de rei vind. 6. 1.

Eigenthum auch manche andere Rechte oder unkörperliche Sachen theilbar [c], manche aber untheilbar [6].

Anm. [1] „Res naturaliter indivisae“, L. 26. §. 2. D. de legat. I.; „quae sine interitu dividi non possunt“, L. 35. §. 3. D. de rei vind. 6. 1.; „quae divisionem non recipiunt, utputa partus ancillae“, L. 31. §. 6. D. de aedil. ed. 21. 1. cf. §. 5. J. de off. iud. 4. 17. Nicht dahin gehören Quantitäten vertretbarer Sachen, L. 29. D. de solut. 46. 3., sowie auch eine Mehrzahl von Gattungssachen der Zahl nach theilbar ist, sofern nur kein Bruchtheil herauskommt: L. 54. pr. L. 117. D. de V. O. 45. 1.

[2] L. 26. §. 2. cit. „sin autem vel naturaliter indivisae sunt, vel sine damno divisio earum fieri non potest“. cf. L. 34. §. 2. Cod. de donat. 8. 54. „res dividi sine suo periculo possibilis“. In diesem Sinn kann namentlich auch ein Gebäude nach Umständen untheilbar genannt werden. Sav. Obligationenrecht I. S. 307.

[3] L. 6. §. 1. D. commun. praed. 8. 4. Plane si divisit fundum regionibus et sic partem tradidit pro diviso, . . . non est pars fundi, sed fundus. L. 26. D. de poss. 41. 2. „locus certus ex fundo.“ L. 25. D. quib. mod. usufr. am. 7. 4. „certa pars.“ In dieser Art kann auch ein Gebäude oder das Grundstück mit dem darauf ruhenden Gebäude getheilt seyn und getheilt werden. L. 6. §. 1. cit. Quod et in aedibus potest dici, si dominus pariete medio aedificato unam domum in duas diviserit: . . . nam et hic pro duabus domibus accipi debet. Es bedarf nicht einmal der Theilungsmauer; das Gebäude, das ein Dritter auf der Gränze zweier Grundstücke errichtet, gehört von selbst als regionibus divisum den beiden Grundeigenthümern; arg. L. 36. D. de s. p. u. 8. 2. Vgl. übrigens noch L. 3. §. 7. D. uti poss. 43. 17.

[4] L. 8. D. 6. 1. Pomp. probat, si ex aequis partibus fundum mihi tecum communem tu et Lucius Titius possideatis, non ab utrisque quadrantes petere me debere, sed a Titio, qui non sit dominus, totum semissem. Aliter atque si certis regionibus possideatis eum fundum; nam tunc sine dubio et a te et a Titio partes fundi petere me debere. Quoties enim certa loca possidebuntur, necessario in his aliquam partem meam esse, et ideo te quoque a Titio quadrantem petere debere. Quae distinctio neque in re mobili neque in hereditatis petitione locum habet; nunquam enim pro diviso possideri potest. — L. 19. pr. D. commun. div. 10. 3. Arbor quae in confinio nata est, item lapis, qui per utrumque fundum extenditur, quamdiu cohaeret fundo, e regione cuiusque finium utriusque sunt nec in communi dividundo iudicium veniunt; sed quum aut lapis exemtus aut arbor eruta vel succisa est, communis pro indiviso fiet. Cf. L. 83. D. pro socio. 17. 2. L. 36. D. de s. p. u. 8. 2.

[5] L. 5. D. de stip. serv. 45. 3. Servus communis sic omnium est, non quasi singulorum totus, sed pro partibus utique indivisis, ut intellectu magis partes habeant quam corpore. L. 66. §. 2. D. de legat. II.

[c] L. 25. D. quib. mod. usufr. am. 7. 4. L. 1. §. 9. D. ad leg. Falcid. 35. 2. L. 2. 72. 85. D. de V. O. 45. 1.

Plures in uno fundo dominium iuris intellectu, non divisione corporis obtinent. — L. 64. §. 4. D. de eviction. 21. 2. Qui unum iugerum pro indiviso solum habuit, tradidit; secundum omnium sententias non totum dominium transtulit, sed partem dimidiam iugeri. — L. 5. §. 15. D. commodati. 13. 6. Duorum quidem in solidum dominium vel possessionem esse non posse, nec quemquam partis corporis dominum esse, sed totius corporis pro indiviso pro parte dominium habere. Vgl. Kierulff I. S. 324 ... 328. — Wächter im civ. Arch. XXVII. 4. Böcking Inst. §. 75. Unger §. 51.

[6] Untheilbar sind der Usus (§. 182.) und die Grunddienstbarkeiten (§. 183.) sodann häufig Obligationen (§. 204.); theilbar sind der Nießbrauch (§. 178.), die Emphyteuse und Superficies (§. 196. 200.), die Obligationen meistentheils (§. 204.), das Pfandrecht (§. 383.), und das Recht der Erbfolge (§. 464.). Das letzte läugnet zwar Böcking Inst. §. 75. a. E., indem der Miterbe behaupte, nicht, daß ihm z. B. die halbe Erbschaft zukomme, sondern daß ihm die ganze Erbschaft halb zukomme. Aber eben so gut kann der Miteigenthümer sagen, daß ihm die ganze Sache halb gehöre, und wie dieser klagen muß: „rem pro parte dimidia suam esse", so der Theilerbe selbst gegen den besitzenden Nichterben: „hereditatem pro parte dimidia suam esse", nicht „se heredem esse." Vgl. §. 532. und Arndts im Rtslex. V. S. 208. not. 6. S. 220. not. 79.

IV. Verhältniß zu andern Sachen.

§. 54.

1) Pertinenzen.

Pertinenzen [1], Zubehör, heißen solche Sachen, welche als zu einer andern gehörend, als Theile einer andern, behandelt werden, so daß eine rechtliche Verfügung über die Hauptsache stillschweigend auch auf jene sich erstreckt [2]. Die Pertinenzqualität beruht auf der Verbindung, in welche eine Sache mit einer andern durch ihre Bestimmung für diese gesetzt ist, indem sie eben als Nebensache den Zwecken dieser Hauptsache fortwährend zu dienen bestimmt [3] und dazu wirklich verwendet [4] ist. In diesem Verhältniß können sowohl unbewegliche Sachen zu einer andern unbeweglichen Sache stehen [a], als auch bewegliche Sachen zu einer andern beweglichen [b] oder unbeweglichen Sache [c]; unmittelbar körperliche oder mechanische Verbindung ist dazu weder überall erforderlich noch überall genügend [5].

Anm. [1] Vgl. L. 13. §. 31. ... L. 18. D. de action. empti. 19. 1. L. 40. §. 6. L. 47 ... 49. D. de contrah. emt. 18. 1. cf. L. 241. 245. D.

[a] L. 91. §. 3. 5. 6. D. de legat. III. L. 52. §. 3. D. de act. emti. 19. 1. [b] L. 3. §. 11. L. 4. pr. D. de penu legata. 33. 9. [c] L. 17. pr. et sqq. D. de act. emti. 19. 1.

de V. S. Funke die Lehre von den Pertinenzen. Chemnitz 1827. Kierulff Civilrt. I. S. 330 ... 338. Wächter Handb. II. S. 242 ... 259. Unger §. 53 bis 56.

[2] L. 13. §. 31. cit. Aedibus distractis vel legatis ea esse aedium solemus dicere, quae quasi pars aedium vel propter aedes habentur, utputa puteal.

[3] L. 17. §. 7. D. l. c. Ea quae perpetui usus causa in aedificiis sunt, aedificii esse, quae vero ad praesens, non esse aedificii; utputa fistulae temporis quidem causa positae non sunt aedium; verumtamen si perpetuo fuerint positae, aedium sunt.

[4] L. 18. §. 1. D. l. c. Tegulae, quae nondum aedificiis impositae sunt, quamvis tegendi gratia allatae sunt, in rutis et caesis habentur; aliud iuris est in his, quae detractae sunt, ut reponerentur; aedibus enim accedunt. cf. L. 17. §. 10. 11. ibid.

[4] Nicht alles, was erd-, wand-, band-, nied- oder nagelfest ist, ist Pertinenz eines Gebäudes. L. 17. pr. D. l. c. Fundi nihil est, nisi quod terra se tenet. Aedium autem multa esse, quae aedibus affixa non sunt ignorari non oportet, utputa seras, claves, claustra. Multa etiam defossa esse; neque tamen fundi aut villae haberi, utputa vasa vinaria, torcularia, quoniam haec instrumenti magis sunt, etiamsi aedificio cohaerent.

§. 55.

2) Früchte [a].

Früchte im natürlichen Sinn (fructus naturales) sind die natürlichen Erzeugnisse, welche von einer Sache gewonnen werden [1]. So lange dieselben noch mit der Hauptsache verbunden sind, fructus pendentes oder stantes, bilden sie nur einen Theil derselben [b], und können daher für sich nur als künftige Sachen Gegenstand von Rechtsverhältnissen seyn [c]; erst durch die Trennung von der Hauptsache fangen sie als selbstständige Sachen zu existiren an, (fructus separati, oder wenn sie von Jemand eingenommen sind, percepti [d], apprehensi [e]); Früchte, die hätten gewonnen werden können und sollen, nennt man fructus percipiendi, ziehbare Früchte, besser: versäumte oder vernachlässigte Früchte. Je nachdem die Entstehung der Früchte durch Zuthun eines Menschen herbeigeführt ist oder nicht, kann man fructus mere naturales und industriales unterscheiden [f]. Juristisch wird aber als Frucht auch

[a] Dig. de usuris et fructibus. 22. 1. [b] L. 44. D. de rei vind. 6. 1. L. 27. pr. D. de usufr. 7. 1. [c] L. 15. pr. D. de pignor. 20. 1. [d] L. 25. §. 1. D. h. t. L. 13. D. quib. mod. ususfr. am. 7. 4. L. 78. D. de rei vind. 6. 1. [e] L. 12. §. 5. D. de usufr. 7. 1. [f] L. 45. D. h. t. L. 48. pr. D. de acquir. dom. 41. 1.

der Gewinn behandelt, welchen man anders als durch natürliche Erzeugnisse aus einer Sache zieht [2], insbesondere als Ersatzwerth für den von einem Andern ausgeübten Genuß der Sache [3], fructus civilis [4]. Dahin gehören namentlich auch Zinsen, usurae, als Entgelt für den Genuß von einer Quantität vertretbarer Sachen.

Anm. [1] Jedoch: L. 28. D. h. t. Partus vero ancillae non est in fructu, absurdum enim videbatur hominem in fructu esse, quum omnes fructus rerum natura hominum gratia comparaverit. L. 27. pr. D. de her. pet. 5. 3. „quia non temere ancillae eius rei causa comparantur, ut pariant.“ L. 68. pr. D. de usufr. 7. 1. „neque enim in fructu hominis homo esse potest.“ Puchta §. 37. not. a.

[2] L. 26. D. h. t. Julianus venationem fructus fundi negavit esse, nisi fructus fundi ex venatione constet. — L. 49. ibid. Fructus rei est vel pignori dare licere.

[3] L. 36. D. h. t. Praediorum urbanorum pensiones pro fructibus accipiuntur. L. 29. D. de her. pet. 5. 3. Mercedes plane a colonis acceptae loco sunt fructuum: operae quoque servorum in eadem erunt causa, qua sunt pensiones; item vectura navium et iumentorum. L. 34. D. h. t. usurae vicem fructuum obtinent. cf. L. 121. D. de V. S.

[4] L. 62. D. de rei vind. 61. vectura sicut usura, non natura pervenit, sed iure percipitur. — Vgl. überhaupt Heimbach die Lehre von der Frucht. Leipzig 1843. Sav. VI. S. 101. fgg. Wächter Hdb. II. S. 259...269. Erörtr. I. 3. Unger §. 56.

Viertes Capitel.

Von Entstehung und Endigung der Rechte.

§. 56.

I. Von Entstehung der Rechte im Allgemeinen.

Entstehung eines Rechts ist Erwerbung desselben für eine bestimmte Person. Es wird dazu irgend ein Umstand oder Zusammentreffen verschiedener Umstände, womit das Recht (im objectiven Sinn) jene Wirkung verbindet, vorausgesetzt. Der Erwerb ist jedoch häufig so beschaffen, daß eine Person ein Recht desselben Inhalts, wie es bisher einer andern Person zustand, also materiell dasselbe Recht, welches diese hatte, erwirbt, das Recht somit nur als ein Recht jener Person neu entsteht, seinem Inhalt nach aber objectiv aufgefaßt nur als bisher schon bestehendes Recht von

einer Person auf die andere übergeht. Geschieht dieses so, daß der Erwerb geradezu auf das bisherige Recht einer bestimmten Person sich gründet, also auch nur stattfindet, insofern dieser jenes Recht wirklich zustand, so ist der Erwerb ein abgeleiteter oder derivativer Erwerb; das Verhältniß des neuen Erwerbers zu dem bisherigen Inhaber des Rechts ist das der Rechtsnachfolge, Succession; der Erwerber ist Successor [a], Rechtsnachfolger des bisher Berechtigten; dieser ist Auctor [b], Rechtsurheber für den ersten. Die Succession aber kann sich entweder auf einzelne Sachen oder Vermögensobjecte als einzelne beziehen, d. i. successio in rem, in singulas res, in singularum rerum dominium, Singularsuccession, oder zunächst eine Gesammtheit von Vermögensverhältnissen zum Gegenstande haben, d. i. successio per universitatem [c], Universalsuccession [1], und die letzte kann entweder bloß Succession in eine Gesammtheit von Rechten seyn [2], eine bloße adquisitio per universitatem [d], oder Succession in eine Gesammtheit von Vermögensverhältnissen, Verbindlichkeiten wie Rechte, successio in omne ius oder in universum ius, in universa bona, z. B. defuncti [e], welchen Charakter nach heutigem Recht alle Universalsuccessionen haben. Uebrigens gilt die Regel: neminem plus iuris in alium transferre posse, quam ipse habet [f], welche auch in Ansehung einer dem Rechte des Uebertragenden selbst anhaftenden Beschränkung rücksichtlich seiner Zeitdauer zur Anwendung kommt [3]. Aber diese Regel hindert nicht, einem Andern ein Recht einzuräumen, welches er selbst als ein Recht dieser Art nicht hatte, z. B. der Eigenthümer eine Servitut; daher denn manche eine translative und constitutive Uebertragung von Rechten unterscheiden.

Anm. [1] Ueber die Kennzeichen der Universalsuccession vgl. vorzüglich Hasse im Arch. V. 1. (§. 48. Anm. 5.) und Sav. III. S. 8 . . . 21., insbesondere über den Sprachgebrauch der Quellen S. 17 . . . 21. Die Römer (nach not. c.)

[a] L. 7. D. si serv. 8. 5. L. 51. pr. D. de fid. lib. 40. 5. L. 24. § 1. D. de damno inf. 39. 2. [b] L. 175. §. 1. D. de R. J. L. un. Hermogen. Cod. de success. tit. 12. cf. L. 5. pr. L. 15. §. 1. D. de div. tem p. 44. 3. L. 16. Cod. de evict. 8. 5. (auctrix). L. 4. D. de evict. 21. 2. [c] L. 24. §. 1. cit. L. 37. D. de acquir. hered. 29. 2. L. 3. §. 1. D. de except. rei vend. 21. 3. L. 1. §. 13. D. quod legat. 43. 3. L. 7. in f. L. 8. D. de iureiur. 12. 2. [d] Gai. III. 82 . . . 84. §. 6. J. per quas person. nob. acquir. 2. 9. §. 1. J. de acquisit. per arrogat. 3. 10. [e] L. 24. D. de V. S. L. 208. ibid. L. 8. 37. D. de acquir. hered. 29. 2. L. 3. pr. D. de bon. poss. 37. 1. L. 24. §. 1. D. de damno infecto 39. 2. [f] L. 54. L. 175. §. 1. L. 177. pr. D. de R. J. 50. 17.

bezeichnen bald die Succession überhaupt durch den Ausdruck „in locum succedere" und unterscheiden „sive per universitatem sive in rem", bald setzen sie ohne weiteres als Arten der Succession entgegen das succedere „in universa bona" oder „in universum (oder omne) ius", und succedere „in rei (oder singularum rerum) dominium" oder „in rem". Kuntze (Die Obligation und Singularsuccession. Leipzig 1855. S. 67. fg.) hält den letzten Ausdruck für den genauesten und das Wesen der Singularsuccession charakteristisch bezeichnend, als deren Gegenstand man nicht das Recht, sondern die res selbst, das körperliche (Eigenthums-) Objekt anzusehen habe. Er übersieht, daß res in den Quellen unzähligemal das Eigenthumsrecht an der Sache, seinem Inhalt nach abstract aufgefaßt, bedeutet; der genauere Ausdruck ist offenbar „in dominium rei succedere", eben so wie „dominium transfertur", genauer ist als „res transfertur" (L. 20. §. 1. D. de aquir. rer. dom. 41. 1.). Die ganze Begriffsentwickelung Kuntze's und seine Entgegensetzung der beiden Arten der Succession scheint mir sowohl quellenwidrig als an sich verfehlt, soweit sie neu seyn will, und richtig nur, soweit sie genau besehen mit andern Worten auf dasselbe hinauskommt, was bisher so ziemlich Alle eingesehen und angenommen haben. Die Vorstellung, daß die Singularsuccession eine Successio in das Recht des Auctors sey, spricht sich besonders charakteristisch aus in dem Ausdruck „dominium meum, suum transire". L. 15. §. 2. D. de contrah. emt. 18. 1. (§. 45. Anm. 2.). Vgl. auch Dworzak in d. krit. Ueberschau IV. S. 55. Unger II. §. 74.

[2] Dahin gehört nach vorjustinianischem Recht der Fall der Arrogatio und der conventio in manum einer femina sui iuris, nach justinianischem Recht wohl noch der Fall der revocatio in servitutem propter ingratitudinem und der des Freiheitsverlusts wegen pretii participandi gratia vorgenommenen Verkaufes (arg. §. 1. J. de succ. sublat. 3. 13.), beide jetzt unpractisch. Nicht treffend scheint es mir, wenn Savigny III. S. 15. not. e. den Grund, warum bei der Arrogation die Schulden nicht auf den Arrogator übergingen, darin findet, daß sie durch die capitis deminutio zu Grunde gingen. Der Grund lag vielmehr darin, daß der Arrogirte in dieselbe Lage versetzt wurde, als ob er ex iustis nuptiis erzeugt wäre. Wie er alsdann dem Vater zwar erworben, aber denselben nicht direct obligirt hätte, so mußte auch nach der Arrogation derselbe Erfolg eintreten, selbst wenn die Obligationen des Arrogirten bestehen blieben. Aber indirect wurde dieser Erfolg durch das prätorische Recht wieder der Billigkeit gemäß ausgeglichen.

[3] Fitting, über den Begriff der Rückziehung, S. 66. fg., vgl. das Rechtslex. III. S. 856.

§. 57.

II. Von Endigung der Rechte im Allgemeinen.

Rechte können, ganz oder theilweise, theils durch Handlung des Berechtigten selbst, theils durch manchfaltige andere Umstände aufgehoben werden. Eine Handlung des Berechtigten, oder im

Namen desselben, welche die Aufhebung eines Rechts zum Ziele hat, heißt überhaupt Veräußerung, alienatio, im weitern Sinn [a]. Diese kann verbunden seyn mit der Uebertragung des Rechts auf einen andern. Das Aufgeben eines Rechts schlechthin aber heißt insbesondere Verzichtleistung, renuntiatio [b]. Auch ein Privilegium insbesondere, im engern wie im weitern Sinn, kann durch Verzicht aufgehoben oder seine Anwendung im einzelnen Falle dadurch ausgeschlossen werden [c]. Außerdem können Privilegien erlöschen durch Wegfallen der wesentlichen Voraussetzungen ihrer Ertheilung, also namentlich durch den Tod der Person oder Untergang der Sache, der sie verliehen, oder durch Endigung des Verhältnisses, womit sie verbunden sind [d], ferner auch durch Widerruf von Seiten der Staatsgewalt, welcher jedoch, wo nicht das Privilegium auf Widerruf ertheilt ist [e], oder der Mißbrauch die Strafe der Entziehung begründet [f], nur aus Gründen, die überhaupt einen Eingriff in Privatrechte rechtfertigen, und nicht ohne Entschädigung stattfinden sollte [1]: endlich durch den Tod des Verleihers, wenn sie ad suae voluntatis beneplacitum verliehen sind [2].

Anm. 1 Anderer Meinung ist Kierulff I. S. 58...61. „Es ist die Natur des Privilegs, von der Staatsgewalt abhängig zu seyn, weil es die Momente des Gesetzes und des Rechts in sich vereinigt." Vgl. auch Seuffert's Arch. II. 123.

2 Cap. 5. X. h. t. Si gratiose tibi a Romano pontifice concedatur, ut beneficia, quae tempore tuae promotionis obtinebas, posses ad suae voluntatis beneplacitum retinere, huiusmodi gratia per eius obitum, per quem ipsius beneplacitum omnino extinguitur, eo ipso expirat. Secus autem, si usque ad apostolicae sedis beneplacitum gratia concedatur praedicta. Tunc enim, quia sedes ipsa non moritur, durabit perpetuo, nisi a successore fuerit revocata. Schlayer in Linde's Ztschr. n. F. XII. S. 92. fg. — In wiefern auch durch Nichtgebrauch Privilegien verloren werden? L. 1. D. de nund. 50. 11. Cap. 6. 15. X. de privil. 5. 33. Seuffert §. 21. not. 9. Fritz in Linde's Ztschr. IV. 6. Wächter Hdb. II. S. 833. fg. Unger II. §. 107. S. 320. fg.

a L. 28. D. de V. S. 50. 16. b L. 11. Cod. de reb. cred. 4. 1. L. 4. §. 4. D. si quis caut. 2. 11. cap. 3. 5. X. de renuntiat. 1. 9. c L. 41. D. de minor. 4. 4. L. 29. Cod. de pact. 2. 3. L. 1...3. Cod. de his qui sponte mun. publ. 10. 43. — cf. cap. 12. X. de foro compet. 2. 2. d L. 1. §. 1. 2. L. 4. D. de iure immun. 50. 6. e cap. 5. de rescriptis in 6to 1. 3. f L. 3. Cod. de aquaeductu. 11. 42. can. 7. Dist. 74. cap. 43. X. de rescriptis. 1. 3. cap. 11. 24. X. de privilegiis et excessibus privilegiatorum. 5. 33.

III. Von Handlungen in Beziehung auf Entstehung und Endigung von Rechten.

§. 58.

A. Begriff und Arten.

Handlung ist eine in der Sinnenwelt hervortretende Aeußerung des Willens [a]. Sie ist 1) entweder positive oder negative Handlung, Handlung im engern Sinn oder Unterlassung, Omissivhandlung; 2) entweder erlaubte oder unerlaubte (rechtswidrige) Handlung. Alle diese können juristische Wirkungen haben, und heißen in sofern juristische Handlungen i. w. S. Handlungen aber, deren Zweck und Absicht wesentlich eine juristische Wirkung ist, heißen insbesondere Rechtsgeschäfte, juristische Handlungen i. e. S.

B. Erfordernisse der Handlungen.

§. 59.

1) Handlungsfähigkeit.

Die Handlung setzt vor Allem Willensvermögen in dem Handelnden voraus [1]. Also sind handlungsunfähig 1) juristische Personen [2], 2) Kinder, infantes [a], als welchen juristisch noch gar kein Willensvermögen beigelegt wird (§. 36.), 3) Wahn- und Blödsinnige [b], furiosi, dementes (§. 37.), ausgenommen [3] in lichten Zwischenräumen [c], und so auch diejenigen, die nur vorübergehend in einem Zustande von Geistesabwesenheit sich befinden [d], was jedoch nicht jede Verantwortlichkeit ausschließt, insofern sie sich durch ihre Schuld in solchen Zustand versetzt haben [4]. Nur eine Beschränkung der Handlungsfähigkeit findet statt: a) bei impuberes infantia maiores; diese können nämlich solche juristische Handlungen, wodurch sie ihre Rechte nicht schmälern oder gefährden, sondern lediglich gewinnen, selbstständig vornehmen, andre aber nicht ohne Auctoritas des Tutors [e]; auch werden pubertati proximi

[a] L. 53. in f. L. 225. D de V. S. L. 18. D. de poenis 48. 19.

[a] L. 1. §. 12. 13. D. de O. et A. 44. 7. — §. 10. J. de inutil. stip. 3. 19. L. 5. §. 2. D. ad leg. Aquil. 9. 2. [b] L. 1. §. 12. cit. L. 5. §. 2. cit. L. 1. §. 3. D. de poss. 41. 2. L. 40. D. de R. J. [c] L. 2. Cod. de contrah. emt. 4. 38. L. 6. Cod. de cur. fur. 5. 70. L. 9. Cod. qui test. fac. poss. 6. 22. [d] L. 17. D. qui test. fac. 28. 1. L. 48. D. de R. J. cf. L. 3. D. de divort. 24. 2. — c. 7. §. 1. C. 15. qu. 1. [e] pr. J. de auct. tut. 1. 21. L. 9. D. de auct. tut. 26. 8. cf. L. 10. D. de ignor. 22. 6.

imputabler unerlaubter Handlungen fähig gehalten[f]; b) bei erklärten Verschwendern[5]; diese können keine die ihnen entzogene Vermögensverwaltung betreffende Handlung wirksam vornehmen[g]; c) bei mündigen Minderjährigen; diese können gewisse Handlungen nicht ohne Zustimmung eines Vormunds vornehmen, und erleiden allgemein eine Beschränkung, insofern ihnen die eigene selbstständige Verwaltung ihres Vermögens entzogen ist[6]; d) bei Frauen, als welchen die Fähigkeit zu gewissen Handlungen regelmäßig nicht zusteht; e) bei denjenigen, welchen die Fähigkeit fehlt, ihren Willen der Form nach so zu äußern, wie es zu einer Handlung erforderlich ist, z. B. Stumme, Taube, soweit das Hinderniß reicht[h].

Anm. 1 Vgl. überhaupt Sav. Bd. III. §. 106...112. Unger II. §. 76.

2 Für die juristische Person kann nur durch natürliche Personen als deren Repräsentanten gehandelt werden. L. 1. §. 22. D. de poss. 41. 2. municipes ... uni (universi) consentire non possunt L. 1. §. 1. D. de libert. univ. 38. 3. Ulp. XXII. 5. neque cernere universi neque pro herede gerere possunt. L. 97. D. de cond. 35. 1. (vgl. Arndts Beiträge I. S. 181. 182.). Da nun zum Zwecke unerlaubter Handlungen keine Vertretung zugelassen seyn kann, so können auch solche niemals einer juristischen Person beigemessen werden; diese kann nicht durch Delicte unmittelbar verpflichtet werden. L. 15. §. 1. D. de dolo 4. 3. L. 4. D. de vi. 43. 16. Nov. Maioriani tit. 7. Nur scheinbar widersprechend ist L. 9. §. 1. D. quod. met. 4. 2. Vgl. Sav. S. 310...323. Puchta §. 50. Rtslex. III. S. 70. Unger I. §. 43. Anm. 46...49. Gleichwohl sind in Betreff der Corporationen noch Manche anderer Meinung mit Sint. I. S. 123...128.

3 Nicht durchaus so nach heutigen Partikularrechten. Unger II. §. 76. Anm. 7. §. 101. Anm. 14...16.

4 Unger a. a. O. Anm. 9. 10.

5 Nicht unbedingt und allgemein wahr ist, was L. 40. D. de R. J. (Pompon. lib. 34. ad. Sab.) sagt: Furiosi vel eius cui bonis interdictum est, nulla voluntas est. Vgl. L. 19. D. de aqua et aquae pluv. 39. 3. (Sab. lib. 14. ad Q. Muc.). Labeo ait, si patiente vicino opus faciam, ex quo ei aqua pluvia noceat, non teneri me actione. L. 20. eod. Sed hoc ita, si non per errorem aut imperitiam deceptus sum; nulla enim voluntas errantis est. Savigny III. S. 88.

6 L. 101. D. de V. O. 45. 1. Puberes sine curatoribus suis possunt ex stipulatu obligari. L. 43. D. de O. et A. 44. 7. Obligari potest paterfamilias, suae potestatis, pubes, compos mentis. cf. L. 141. §. 2.

f §. 18. J. de obl. ex delicto. 4. 1. L. 111. pr. D. de R. J. L. 5. §. 2. D. ad leg. Aquil. 9. 2. g L. 10. pr. D. de curat. fur. 27. 10. L. 9. §. 7. D. de reb. cred. 12. 1. L. 29. D. de cond. indeb. 12. 6. L. 6. D. de V. O. 45. 1. L. 25. D. de fideiuss. 46. 1. L. 3. D. de novat. 46. 2. L. 5. §. 1. D. de acquir. hered. 29. 2. cf. L. 18. pr. D. qui test. fac. 28. 1. h §. 7. J. de inutil. stip. 3. 19.

D. de V. O. — L. 3. Cod. de in int. rest. min. 2. 22. Si curatorem habens minor 25 annis post pupillarem aetatem res vendidisti, hunc contractum servari non oportet, cum non absimilis ei habeatur minor curatorem habens, cui a praetore curatore dato bonis interdictum est. Si vero sine curatore constitutus contractum fecisti, implorare in integrum restitutionem . . . non prohiberis. Vgl. Marezoll in d. Ztschr. für Civilrt. u. Proc. II. 12. Savigny in der Ztschr. für geschichtl. Rtsw. X. 3., jetzt auch in dessen vermischten Schriften, Berlin 1850. Bd. II. Nr. 18. Puchta §. 51. und Vorles. I. Beil. II. S. 456. fg. Brinz I. S. 42. fg. Die beiden letztgenannten Gelehrten legen hierbei großes Gewicht auf die Unterscheidung der Handlungsfähigkeit und der Dispositionsbefugniß. Allerdings ist nun auch die Entziehung der letzten nicht Entziehung der ersten, begründet aber, wo sie wegen einer Eigenschaft der Person stattfindet, wenigstens eine Beschränkung der Handlungsfähigkeit. Vgl. übrigens §. 452. Anm. 1. 2.

2) Willensbestimmung.

§. 60.

a) Wesen derselben.

Die im Allgemeinen handlungsfähige Person muß auch im einzelnen Falle dasjenige wirklich gewollt haben, was als ihre Willensmeinung erscheint. Ist dies nicht der Fall, so besteht eben nur der Schein einer Handlung, die nicht wirklich existirt, es sey nun dieser Schein durch den Handelnden selbst absichtlich hervorgerufen[a], Simulation[b], oder sonst irgendwie entstanden[1]. Es kann aber die Willensbestimmung insbesondere auch an einem Mangel leiden, weil sie auf einem Irrthum beruht oder durch Zwang hervorgerufen ist.

Anm. [1] Vgl. Sav. System III. §. 134. 135.

b) Mängel der Willensbestimmung.

§. 61.

α) Zwang.

Ist Jemand mit physischer Gewalt, ohne alle eigene Willensthätigkeit, zu Hervorbringung einer Wirkung mißbraucht worden (vis absoluta), so kann von einer Handlung desselben keine Rede seyn. Es kann aber auch ein Zwang auf den Willen ausgeübt werden (vis compulsiva); der Wille kann durch Furcht zu einer

[a] L. 4. §. 2. L. 54. D. de O. et A. 44. 7. L. 55. D. de contrah. emt. 18. 1.
[b] Cod. plus valere quod agitur quam quod simulate concipitur. 4. 22. — L. 30. D. de ritu nupt. 23. 2. L. 3. Cod. de repud. 5. 17. — L. 36. D. de contrah. emt. 18. 1. L. 7. §. 6. D. de donat. int. v. et u. 24. 1. — L. 16. Cod. de donat. int. v. et u. 5. 16.

Handlung bestimmt werden [2]. Unbillig wäre es, einer solchen erzwungenen Handlung vollkommen die rechtlichen Wirkungen beizulegen, die sie sonst nach sich zieht; das Recht gewährt jedenfalls eine Abhilfe demjenigen, der durch Zwang zu einer ihm rechtlich nachtheiligen Handlung getrieben wurde [a], und ausnahmsweise ist ein erzwungenes Rechtsgeschäft sogar nichtig [b]. Damit aber Zwang oder Furcht solche Berücksichtigung finde, ist erforderlich, daß eine gegründete [c] Furcht vor einem nicht unbedeutenden Uebel [d] durch widerrechtliche Gewalt oder Drohung [e] eines Andern absichtlich erregt worden sey [f].

Anm. [1] Savigny a. a. O. §. 114.

[2] L. 21. §. 5. D. quod met. causa. 4. 2. Si metu coactus adii hereditatem, puto me heredem effici: quia, quamvis, si liberum esset, noluissem, tamen coactus volui; sed per praetorem restituendus sum. L. 21. 22. D. de ritu nupt. 23. 2. cf. L. 6. §. 7. D. de acquir. her. 29. 2. Celsus scripsit, eum, qui metu verborum vel aliquo timore coactus fallens adierit hereditatem, heredem non fieri. L. 9. pr. L. 17. pr. D. qui et a quib. manum. 40. 9.

§. 62.

β) Irrthum.

Irrthum oder Unwissenheit [1] schließen an sich nicht, gleich der Bewußtlosigkeit, die Willensbestimmung aus [2], und regelmäßig ist die Wirksamkeit einer Handlung, obgleich sie durch Irrthum veranlaßt ist, dieselbe wie sonst, vorausgesetzt, daß nicht wegen obwaltenden Irrthums oder Mißverständnisses bloß der Schein eines bestimmten Willens oder einer Willenseinigung entstanden sey [a]. In vielen Fällen jedoch begründet der einer Handlung oder Unterlassung zum Grunde liegende Irrthum eine Aenderung in der regelmäßigen Wirkung derselben, namentlich wenn der Irrthum entschuldbar ist. In dieser Beziehung aber ist wichtig die Unterscheidung zwischen dem Rechtsirrthum (error s. ignorantia iuris) und dem Irrthum über Thatsachen, factischem Irrthum, error s. ignorantia

[a] Dig. quod metus causa gestum erit. 4. 2. de doli mali et metus except. 44. 4. Cod. de his, quae vi metusve causa gesta sunt. 2. 20. [b] cap. 15. 17. 28. X. de sponsal. 4. 1. cap. 2. X. de eo qui dux. in matr. 4. 7. §. 491. Anm. 2. [c] L. 6. 7. pr. L. 9. pr. D. h. t. L. 184. de D. R. J. [d] L. 3. §. 1. L. 4. 5. 7. §. 1. L. 8. 22. 23. §. 1. D. h. t. L. 7. 10. Cod. h. t. cf. L. 3. D. ex quib. caus. mai. 4. 6. [e] L. 3. §. 1. L. 7. §. 1. D. h. t. cf. L. 6. Cod. h. t. [f] L. 9. §. 1. L. 14. §. 3. L. 21. pr. D. h. t.

[a] L. 57. D. de O. et A. 44. 7. L. 15. D. de iurisdict. 2. 1. L. 2. pr. D. de iud. 5. 1. L. 116. §. 2. D. de R. J. L. 9. pr. D. de hered. instit. 28. 5. (§. 60. not. 1. §. 238. 239.)

facti [b]. Der Rechtsirrthum wird in der Regel nicht entschuldigt, man möchte denn keine Gelegenheit zu besserer Belehrung gehabt haben [3]; der Irrthum über Thatsachen aber wird verziehen, wenn er nur nicht auf grober Nachlässigkeit beruht [4]. Daher: regula est iuris quidem ignorantiam cuique nocere, facti vero ignorantiam non nocere [5]. Manchen Personen aber wird auch der Rechtsirrthum nachgesehen in Fällen, wo er andern zum Nachtheil gereicht, namentlich im weitesten Umfange Minderjährigen [c], in geringerm Umfange Frauen [d], Soldaten [e], und überhaupt unerfahrenen Leuten. — Eine [f] eigene Bedeutung hat der Fall, wenn der Irrthum der handelnden Personen durch einen Andern in widerrechtlicher Absicht erregt oder zu deren Nachtheil benutzt worden ist, dolus malus, Betrug [6]; hier kann die Wirksamkeit der Handlung wenigstens dem Betrüger gegenüber angefochten, beziehungsweise von diesem Ersatz des verursachten Nachtheils begehrt werden [g].

Anm. 1 Savigny Bd. III. §. 115. S. 111...115. und Beil. VIII. S. 325...473. Herrmann in Linde's Ztschr. N. F. III. 1. 6. IV. 12. V. 3. VI. 9. VII. 4. 7. 11. VIII. 5. Unger §. 77. 81.

2 Nicht entgegenstehen L. 20. D. de aqua pluv. 39. 3. „nulla enim voluntas errantis est", L. 8. Cod. de iur. et facti ignor. 1. 18. „cum errantis nulla voluntas sit", und ähnliche scheinbar allgemeine Aussprüche. Savigny S. 342. Vgl. §. 59. Anm. 3.

3 L. 2. D. h. t. In omni parte error in iure non eodem loco, quo facti ignorantia, haberi debet, quum ius finitum et possit esse et debeat, facti interpretatio plerumque etiam prudentissimos fallat. L. 9. §. 3. ibid. Sed iuris ignorantiam non prodesse, Labeo ita accipiendum existimat, si iurisconsulti copiam haberet vel sua prudentia instructus sit, ut, cui facile sit scire, ei detrimento sit iuris ignorantia: quod raro accipiendum est. Der Irrthum in Ansehung einer Befugniß oder eines Rechts im subj. Sinn ist an sich nicht Rechtsirrthum; das entscheidende Moment aber ist, ob er auf einem Irrthum über das Recht im obj. Sinn oder über eine Thatsache beruhe. Vgl. Weil, über die Begriffe „iuris et facti ignorantia" in Linde's Ztschr. n. F. XII. 13., welcher jedoch in einer Selbsttäuschung befangen

[b] Dig. de iuris et facti ignorantia 22. 6. Cod. 1. 18. [c] L. 9. pr. D. h. t. L. 11. Cod. h. t. [d] L. 8. 9. D. h. t. L. 3. 11. 13. Cod. h. t. cf. L. 3. Theod. Cod. de integri restit. 2. 16. L. 8. Cod. de in int. rest. min. 2. 22. L. 3. Cod. de praescript. 30. ann. 7. 39. — L. 6. Cod. qui adm. ad b. p. 6. 9. L. ult. Cod. qui pet. tut. 5. 31. — L. 2. §. 7. D. de iure fisci. 49. 14. L. 8. §. 2. D. qui satisdare cog. 2. 8. [e] L. 9. §. 1. D. h. t. L. 1. Cod. h. t. L. 22. §. 15. D. de iure delib. 6. 30. L. 5. Cod. de his qui sibi adscrib. 9. 23. [f] L. 2. §. 7. cit. L. 1. §. 5. D. de edendo. 2. 13. L. 8. Cod. qui adm. 6. 9. cf. L. 25. §. 1. D. de prob. 22. 3. [g] Dig. de dolo malo. 4. 3. de doli mali et metus except. 44. 4. Cod. de dolo malo. 2. 21.

ist, wenn er glaubt den Satz zu widerlegen, daß der Rechtsirrthum das Recht im obj. Sinn, der factische Irrthum eine Thatsache zum Gegenstand habe, auch (S. 391.) unrichtig behauptet: jeder Irrthum der einen und der andern Art sey zugleich ein Irrthum in der Befugniß, etwas zu thun oder zu unterlassen. Unger §. 77. Anm. 5.

[4] L. 3. D. h. t. Plurimum interest, utrum quis de alterius causa et facto non sciret an de iure suo ignoret. §. 1. Sed Cassius ignorantiam Sabinum ita accipiendam existimasse refert, non deperditi et nimium securi hominis. L. 6. ibid. Nec supina negligentia ferenda est factum ignorantis, ut nec scrupulosa inquisitio exigenda. L. 9. §. 2. ibid. Sed facti ignorantia ita demum cuique non nocet, si non ei summa negligentia obiiciatur: quid enim, si omnes in civitate sciant, quod ille solus ignorat? Et recte Labeo definit, scientiam neque curiosissimi neque negligentissimi hominis accipiendam.

[5] L. 9. pr. D. h. t. cf. L. 7. ibid. Juris ignorantia non prodest acquirere volentibus, suum vero petentibus non nocet. L. 8. ibid. Error facti ne maribus quidem in damnis vel compendiis obest; iuris autem error nec feminis in compendiis prodest; ceterum omnibus iuris error in damnis amittendae rei suae non nocet. Ueber diese allgemein lautenden Aussprüche vgl. Donelli comment. I. 20. 23. Mühlenbruch im Arch. II. S. 361. fgg. Vang. I. §. 83. Puchta Vorles. I. Beil. III. S. 460. fg. und vorzüglich Savigny a. a. O. S. 344...353. Zu L. 7. cit. insbesondere Rudorff in der Ztschr. f. gesch. Rtsw. XIV. S. 330. „Adquirere geht nicht auf jeden Erwerb, sondern nur auf Usucapion, bei welcher auch die Unterscheidung des factischen und rechtlichen Irrthums allein von Wichtigkeit ist, und der Satz „suum petentibus error iuris non nocet“ bedeutet bloß, daß dem Diebe gegenüber die Verwechslung der Vindication auf suum esse mit einer Condiction auf dare oportere dem sein Eigenthum verfolgenden Kläger keinen Nachtheil bringen, sondern auch die letztere Klage gegen den Dieb tenent seyn soll.“ (?)

[6] L. 1. §. 2. D. h. t. Dolum malum Servius quidem ita definiit, machinationem quandam alterius decipiendi causa, cum aliud simulatur et aliud agitur; Labeo autem, posse et sine simulatione id agi, ut quis circumveniatur, posse et sine dolo malo aliud simulari aliud agi, sicuti faciunt qui per eiusmodi dissimulationem servant (deserviant) et tuentur sua vel aliena. Itaque ipse sic definiit, dolum malum esse omnem calliditatem, fallaciam, machinationem ad circumveniendum, fallendum, decipiendum alterum adhibitam. Labeonis definitio vera est. — Sogenannter dolus causam dans, dolus incidens? — Savigny a. a. O. S. 115...120.

C. Von Rechtsgeschäften insbesondere.

§. 63.

1) Begriff und Haupteintheilung.

Rechtsgeschäfte sind Willenserklärungen, deren Zweck und Absicht wesentlich auf eine rechtliche Wirkung gerichtet ist. Das

Rechtsgeschäft ist einseitig (negotium unilaterale), wenn Daseyn und Inhalt desselben wesentlich nur Ausfluß eines Willens ist; es ist zweiseitig (bilaterale) oder mehrseitig, wenn zu seiner Entstehung die Einigung verschiedener selbständig einander gegenüberstehender Willen erforderlich ist. Die gegenseitig erklärte Einigung des Willens verschiedener Personen aber, bezüglich auf Rechtsverhältnisse, welche dadurch begründet, geändert oder aufgehoben werden sollen, ist ein Vertrag, pactio, conventio[1]. Unter den einseitigen Rechtsgeschäften sind besonders wichtig die letztwilligen Verfügungen, d. h. einseitige Willenserklärungen, welche, bis zum Tode willkürlich widerruflich, erst nach diesem rechtlich wirksam werden sollen[2].

Anm. 1 L. 1. §. 2. 3. D. de pactis. 2. 14. Et est pactio duorum pluriumve in idem placitum consensus. — Conventionis verbum generale est ad omnia pertinens, de quibus negotii contrahendi transigendique causa consentiunt, qui inter se agunt: nam sicuti convenire dicuntur, qui ex diversis locis in unum locum colliguntur et veniunt, ita et qui ex diversis animi motibus in unum consentiunt, i. e. in unam sententiam decurrunt. Adeo autem conventionis verbum generale est, ut eleganter dicat Pedius nullum esse contractum, nullam obligationem, quae non habeat in se conventionem. Cf. L. 3. pr. D. de pollicitat. 50. 12. Pactum est duorum consensus atque conventio, pollicitatio vero offerentis solius promissum. — Savigny Bd. III. S. 307...321. Einen beschränktern Begriff von Vertrag stellt Vang. I. §. 350. III. §. 621. auf; das Wesen eines jeden Vertrages soll darnach in einem Versprechen bestehen und dessen Wirkung darin, daß der Versprechende erfülle, also etwas thue (im weitern Sinne des Wortes); er bezeichnet es (I. §. 121.) als einen freilich sehr verbreiteten, aber ganz verwerflichen und unrömischen Sprachgebrauch, jedes Geschäft, zu dessen Wesen eine Willenseinigung gehört, Vertrag zu nennen. Aber abgesehen davon, daß die römische Definition in L. 1. cit. vollkommen jenem weitern Begriff entspricht, ist schwer zu begreifen, wie es unrömisch seyn könne, diesen deutsch durch „Vertrag" zu bezeichnen, und schlimm ist es, daß jener Gelehrte aus dem vermeintlich römischen Begriff falsche Folgerungen zieht. Vgl. §. 145. 188. 267. 371.

2 Andere Eintheilungen der Rechtsgeschäfte: a) negotia iuris civilis (actus legitimi) et iuris gentium. b) neg. stricti iuris et bonae fidei. c) neg. solennia, non solennia. d) negotia onerosa, lucrativa s. gratuita. e) neg. inter vivos, neg. mortis causa.

§. 64.

2) Erfordernisse der Rechtsgeschäfte.

Zum Daseyn eines gültigen Rechtsgeschäfts ist erforderlich 1) Fähigkeit der Personen, welche es vornehmen, bisweilen auch

die Zustimmung von Nebenpersonen; 2) ein rechtlich zulässiger Inhalt des Willens; 3) gehörige Erklärung des Willens der handelnden Personen [1]. Die Willenserklärung aber kann nicht nur durch Worte geschehen, mündlich oder schriftlich [a], sondern auch durch andere sichere Zeichen, allein [b] oder in Verbindung mit Worten [c]; auch durch Handlungen [d] oder Unterlassungen [e] kann ein bestimmter Wille genügend kund gegeben werden [2]. Gibt der Wille sich auf eine Weise zu erkennen, welche nicht geradezu den Zweck hat, eben diesen Willen zu erklären, so heißt dies eine stillschweigende Willenserklärung [f], deren Gegensatz die ausdrückliche ist, nicht zu verwechseln mit dem vermutheten und dem fingirten Willen [g]. Nicht immer aber genügt selbst die vollkommen deutliche Willenserklärung; oft ist auch die Beobachtung einer bestimmten Form dabei erforderlich, deren Mangel, wo sie gesetzlich schlechthin vorgeschrieben ist, regelmäßig die Ungültigkeit des Rechtsgeschäfts zur Folge hat [3].

Anm. 1 Savigny Bd. III. §. 130...133. S. 237...257. Heyne de voluntatis tacite patefactae et praesumtae vi atque indole eiusque in iure effectibus. 1840. Unger II. §. 85.

2 Qui tacet consentire videtur? cap. 43. de reg. iur. in 6to 5. 12. Vgl. cap. 44. ibid. oder L. 142. D. de R. J. Is qui tacet non utique fatetur, sed tamen verum est, eum non negare. L. 8. §. 15. D. quib. mod. pignus solv. 20. 6. Neuere sagen: Qui tacet, quum loqui potuit et debuit, consentire videtur. Savigny aber a. a. O. S. 248...252. will nur in den positiv anerkannten Fällen (not. e.) das Schweigen für Einwilligung gelten lassen. Dagegen Unger Anm. 25...27.

3 Solche Formen sind: Gebrauch bestimmter Redensarten oder Zeichen, schriftliche Urkunde, Zuziehung von Zeugen, Mitwirkung öffentlicher Personen; es kommt aber darauf an, ob sie nicht bloß des Beweises wegen vorgeschrieben sind. Savigny §. 130. Vgl. Arndts in Ulrichs Arch. für Preuß. Recht I. S. 132...173. Unger II. §. 86. Ueber verabredete Form eines Vertrages vgl.

[a] L. 38. D. de O. et A. 44. 7. [b] L. 52. §. 10. D. l. c. L. 17. D. de novat. 46. 2. L. 31. pr. D. de legat. III. [c] L. 6. D. de reb. cred. 12. 1. L. 58. pr. D. de hered. instit. 28. 5. [d] L. 5. D. ratam rem hab. 46. 8. L. 95. D. de acquir. her. 29. 2. cf. L. 2. §. 1. D. de pactis. 2. 14. L. 14. Cod. de solut. 8. 43. L. 24. D. de probat. 22. 3. L. 57. pr. D. de pactis. 2. 14. L. 20. D. de acquir. her. 29. 2., L. 2. Cod. de pactis. 2. 3. L. 26. §. 1. D. de pign. 20. 1. [e] L. 7. §. 1. L. 12. D. de sponsal. 23. 1. L. 5. Cod. de nupt. 5. 4. — L. 5. D. de adopt. 1. 7. — L. 2. §. 2. D. soluto matr. 24. 3. — L. 1. §. 4. D. de agnosc. lib. 25. 3. — L. 12. 16. D. ad. Sc. Maced. 14. 6. — L. 6. §. 2. D. mand. 17. 1. L. 16. D. de R. J. — L. 13. §. 11. D. locati. 19. 2. — L. 12. D. de eviction. 21. 2. L. 4. §. 3. D. de fideiuss. tut. 27. 7. L. 37. pr. D. ad Sc. Trebell. 36. 1. L. 19. D. de aqua pluv. 39. 3. [f] S. not. d. e. cf. L. 69. pr. D. de legat. II. L. 11. §. 4. D. de legat. III. [g] L. 35. L. 40. §. 4. D. de procurat. 3. 3. L. 21. Cod. eod. 2. 13. L. 4. pr. L. 6. pr. D. in quib. causis pignus tacite contrahitur. 20. 2.

L. 17. Cod. de fide instrument. 4. 21. pr. J. de emt. vend. 3. 23. §. 232. not. b.

3) Inhalt der Rechtsgeschäfte.

§. 65.

a) Im Allgemeinen.

Im Inhalt eines Rechtsgeschäfts kann man unterscheiden die wesentlichen Bestandtheile (essentialia negotii), die nicht fehlen dürfen, wenn ein Rechtsgeschäft einer bestimmten Art bestehen soll, dann die regelmäßigen, ohne besondere Festsetzung sich von selbst verstehenden, obwohl nicht unveränderlichen Bestandtheile (naturalia negotii), und die zufälligen oder willkürlich gesetzten (accidentalia), welche nur vermöge besonderer Festsetzung stattfinden. Unter den Bestandtheilen der letzten Art sind in der allgemeinen Lehre von Rechtsgeschäften insbesondere Bedingungen, Zeitbestimmungen und Modus hervorzuheben. Andere Nebenbestimmungen sind unter dem allgemeinen Namen „Clauseln" begriffen, worunter aber überhaupt die verschiedenartigsten den Inhalt einer Willenserklärung näher bestimmenden, erklärenden, beschränkenden Zusätze zu derselben verstanden werden.

Anm. Vgl. Böcking Inst. I. §. 110. g. §. 116. Anm. 20.*, welcher die sog. Clauseln von den Nebenbestimmungen im eigentlichen Sinn (conditio, dies, modus) streng unterschieden wissen will. Dagegen wird die Bezeichnung der Bedingungen als Nebenbestimmungen für verwerflich erklärt von Fitting im civ. Arch. XXXIX. S. 308., und mit ihm von Unger §. 82. Anm. 3., mit Recht, wenn sich damit die Idee verbände, daß die Bedingung in einem concreten Rechtsgeschäft etwas bloß nebensächliches von untergeordneter Bedeutung sey, das man wegdenken könne, ohne dieses concrete Rechtsgeschäft wesentlich zu alteriren, welches Mißgriffs jedoch wohl kaum je ein Rechtsgelehrter sich schuldig gemacht hat; vgl. Puchta §. 58. not. a. Böcking a. a. O. In diesem Sinn wäre es in vielen Fällen eben so handgreiflich verkehrt, die Zeitbestimmung als eine Nebenbestimmung aufzufassen.

b) Insbesondere von Bedingungen.

§. 66.

α) Begriff der Bedingung.[1]

Der in einem Rechtsgeschäft sich bethätigende Wille kann sich selbst, das Wollen, und somit den Rechtserfolg, auf welchen er gerichtet ist, von irgend einer Thatsache abhängig machen, so daß,

wenn diese ermangelt, auch jener nicht gewollt ist. Eine solche Selbstbeschränkung des Willens, und so denn auch der dieselbe setzende Bestandtheil einer Willenserklärung, aber auch die Thatsache selbst, von welcher auf diese Weise ein Rechtserfolg abhängig gemacht wird, heißt Bedingung [2], conditio [a]; ein Rechtsgeschäft, unter solcher Beschränkung vorgenommen, heißt ein bedingtes Rechtsgeschäft (conditionale negotium im Gegensatz von purum neg. [3]). Im eigentlichen Sinn jedoch ist ein bedingtes Rechtsgeschäft nur dann vorhanden, wenn der Wille sich von einer in die Zukunft gesetzten ungewissen Thatsache abhängig macht, so daß, was ohnedieß nicht der Fall seyn würde, erst die zur Zeit noch ungewisse künftige Gestaltung der Umstände über die Wirksamkeit der Willenserklärung entscheiden soll. Wenn nämlich der Wille

1) von einer in die Gegenwart oder Vergangenheit gesetzten Thatsache sich abhängig macht (conditio in praesens vel in praeteritum relata), so besteht die unter solcher Beschränkung erklärte Willensverfügung an sich (objectiv) entweder sofort als unbedingte oder ist von Anfang an nichtig [b], je nachdem jene Thatsache wahr ist oder nicht, ob auch der Urheber derselben selbst darüber zur Zeit in Ungewißheit seyn möge [4]. In Wahrheit besteht hier zu keiner Zeit ein bedingtes Rechtsgeschäft; es kann nur etwa, wegen mangelnder Kenntniß der Umstände, zweifelhaft seyn, ob das Rechtsgeschäft bestehe oder nicht bestehe. Wenn der Wille

2) zwar von einer in die Zukunft gesetzten Thatsache sich abhängig erklärt, von dieser aber, wenn gleich der Handelnde selbst es nicht weiß, sofort gewiß ist, daß sie eintreten werde (conditio quae omnimodo exstitura est, sog. nothwendige Bedingung), so ist wiederum das Rechtsgeschäft in Wahrheit ein unbedingtes [c]; der scheinbar nur unter einer Bedingung gewollte Rechtserfolg ist in der That (objectiv) sogleich entschieden [6]. Wenn umgekehrt

3) an sich, ob auch nicht in der Meinung des Verfügenden [7],

[a] Dig. de conditionibus et demonstrationibus et causis et modis eorum quae in testamento scribuntur. 35. 1. de conditionibus institutionum. 28. 7. Cod. de institutionibus et substitutionibus et restitutionibus sub conditione factis. 6. 25. de conditionibus insertis tam legatis quam fidei commissis et libertatibus. 6. 46. de donationibus quae sub modo vel conditione vel certo tempore fiunt. 8. 55. [b] §. 5. J. de V. O. 3. 15. L. 100. 120. D. de V. O. 45. 1. L. 37...39. D. de reb. cred. 12. 1. L. 16. D. de iniusto test. 28. 3. L. 10. §. 1. D. de cond. instit. 28. 7. cf. L. 71. pr. D. de her. inst. 28. 5. [c] L. 9. §. 1. D. de novat. 46. 2. L. 18. D. de cond. indeb. 12. 6. L. 79. pr. D. h. t. 35. cf. L. 7. 8. D. de V. O. 45. 1. §. 11. J. de inutil. stip. 3. 19.

von vornherein gewiß ist, daß die Thatsache, von welcher der Wille sich abhängig erklärt, nicht eintreten werde (unmögliche Bedingung), so würde nach der Natur der Sache sofort die Nichtigkeit der Willensverfügung entschieden seyn; diese natürliche Folge ist nun zwar zum Theil durch besondern Rechtssatz ausgeschlossen; ein wirklich bedingtes Rechtsgeschäft ist aber auch in solchem Falle nie vorhanden (§. 72.). Wenn endlich

4) nur eine nach der Natur des Rechtsgeschäfts [d] oder seines Gegenstandes [e] ohnehin sich von selbst verstehende thatsächliche Voraussetzung der Wirksamkeit desselben ausdrücklich ausgesprochen ist (conditio tacita oder quae tacite inest [f], stillschweigende Bedingung), so ist dieses Rechtsgeschäft nichtsdestoweniger unbedingt, als wenn jenes nicht geschehen wäre [8], es sey denn [g], daß dadurch eine sonst nicht eintretende Beschränkung gesetzt seyn könnte und gesetzt werden wollte [9].

Man pflegt hienach Bedingungen dieses Inhalts (Nr. 1...4) uneigentliche Bedingungen, und nur Bedingungen der vorher bezeichneten Art, welche ein wahrhaft bedingtes Rechtsgeschäft erzeugen, eigentliche zu nennen [10].

Anm. [1] Ueber die Lehre von den Bedingungen überhaupt vgl. vorzüglich Savigny III. §. 116...124. Mühlenbruch in der Fortsetzung von Glück's Pand. Bd. 41...276. Wächter Hdb. II. §. 92. fg.; über den Begriff der Bedingung insbesondere Fitting im civ. Arch. XXXIX. 13., wo S. 305. auch eine hieher gehörige gediegene Schrift von Leibnitz (Doctrina conditionum in dessen opp. omn. vol. IV. pars III. pag. 92...158.) in Erinnerung gebracht wird.

[2] Fitting a. a. O. S. 337. erklärt Bedingung als Abhängigmachung des Willens von der Wahrheit eines äußern (d. h. außerhalb des fraglichen Willens liegenden) Umstandes, indem er dabei zunächst die Handlung des Bedingens, das Setzen der Bedingung, in's Auge faßt, worauf auch conditio (von condere) oder condicio (von condicere) zunächst hinweise. Aber die bei weitem am häufigsten vorkommende Bedeutung des Worts, ähnlich wie bei obligatio, constitutio u. a., ist die übertragene, nämlich: der beschränkende Zusatz der Willenserklärung, z. B. conditionem adiicere, inserere, oder die zur Bedingung gesetzte Thatsache, z. B. existit conditio, impleta est u. s. w. Derselbe Verf. erklärt sich S. 307. auch gegen die Bezeichnung der Bedingung als einer Selbstbeschränkung des Willens, aber in einer Weise, welche die obige Definition nicht trifft (vgl. auch Unger a. a. O.) Uebrigens bezeichnen die Worte „Bedingung,

[d] L. 99. 107. D. h. t. 35. 1. L. 22. §. 1. D. quando dies. 36. 2. L. 12. D. de cond. indeb. 12. 6. L. 21. 68. D. de iure dot. 23. 3. cf. L. 19. §. 1. L. 69. D. h. t. L. 65. §. 1. D. de legat. I. [e] L. 1. §. 3. D. h. t. 35 1. L. 25. §. 1. D. quando dies. 26. 2. [f] L. 68. 99. citt. [g] L. 19. §. 1. cit.

conditio" in weiterer Bedeutung auch andere Modalitäten, ja überhaupt alle nähern Bestimmungen eines concreten Rechtsgeschäfts, z. B. in L. 10. §. 1. D. de lege Rhod. 14. 2. L. 1. sq. D. de in diem add. 18. 2., vgl. §. 59. not. e. §. 74. Anm. 3., eine Bedeutung, die hier nicht weiter in Betracht kommt.

3 Z. B. pura emtio im Gegensatz von conditionalis. L. 2. 4. pr. D. de in diem add. 18. 2. L. 2. §. 5. D. pro emt. 41. 3.; L. 79. D. h. t. 35. 1. „purum legatum est, quia non conditione, sed mora suspenditur." L. 9. 10. D. de adim. legat. 34. 4. In anderem Sinn ist purum negotium, z. B. purum legatum, dem auch keine Zeitbestimmung hinzugefügt ist, L. 45. D. ad. leg. Falc. 25. 2. Gai. II. §. 250. L. 213. D. de V. S. L. 7. D. de duob. reis. 35. 2. Vgl. Böcking Inst. I. §. 110. Anm. 6.

4 L. 120. D. 45. 1. Nec placuit instar habere conditionis sermonem, qui non ad futurum, sed ad praesens tempus refertur, et si contrahentes rei veritatem ignorent. — L. 100. eod. Conditio in praeteritum, non tantum in praesens tempus relata statim aut perimit obligationem aut omnino non differt. — L. 10. §. 1. D. 28. 7. Si quem ita institutum ponamus: *ille, si eum codicillis heredem scripsi* (nicht *„scripsero"*) *heres esto*, valet institutio, quum nulla sit conditio, quae in praeteritum confertur vel quae in praesens, veluti: *si rex Parthorum vivit, si navis in portu stat.* Wenn jedoch ein Ereigniß als zukünftiges gedacht zur Bedingung gesetzt ist, das ohne Wissen des Verfügenden zur Zeit schon eingetreten oder vereitelt ist, so wird im ersten Fall die Bedingung als bereits erfüllte, im andern Fall als unmögliche betrachtet. L. 6. §. 1. L. 10. §. 1. D. h. t. 35. 1.

5 Es lassen sich sogar Fälle denken, wo zur Zeit noch Niemand wissen kann, ob etwas sey oder nicht sey, z. B. *si mihi filius est.* Vgl. L. 7. D. de manumiss. test. 40. 4. L. 28. §. 5. D. de iud. 5. 1. Fitting S. 324...327.

6 L. 9. §. 1. D. 46. 2. Qui sub conditione stipulatur, quae omnimodo exstitura est, pure videtur stipulari. — Zu den sogenannten nothwendigen Bedingungen gehört auch diejenige, wornach etwas unmögliches nicht eintreten soll, die früher von vielen unpassend als negativ unmögliche Bedingung bezeichnet wurde. L. 8. D. 45. 1. Sed cum eo, qui ita promisit: *si intra kalendas digito coelum non tetigerit*, agi protinus potest. L. 7. eod. Impossibilis conditio cum in faciendum concipitur, stipulationi obstat: aliter atque si talis conditio inseratur stipulationi: *si in coelum non ascenderit;* nam utilis et praesens est (sc. stipulatio). Vgl. jedoch L. 50. §. 1. D. de her. inst. 28. 5. „impossibilis conditio in non faciendo expressa". Arndts Beitr. I. S. 162...168. — Eine Ausnahme von obiger Regel in Ansehung letztwilliger Verfügungen ergibt sich aus L. un. Cod. de his quae poenae nom. rel. 6. 41. und §. 36. J. de legat. 2. 20. Arndts a. a. O. S. 172. Anm. 13. (§. 491. Anm. 3.).

7 In der Regel wird wohl nur eine irrige Vorstellung des Verfügenden ihn veranlassen, seine Willenserklärung an eine unmögliche oder an eine nothwendige Bedingung zu binden. Aber es macht in der Wirkung keinen Unterschied, ob er wirklich im Irrthum war oder erwiesen ist, daß dies nicht der Fall,

und erklärlich kann das Setzen einer solchen Bedingung auch im letzten Falle sehr wohl seyn, z. B. bei Wetten über ein Ereigniß, von dem die eine Partei recht gut weiß und behauptet, daß es unmöglich oder nothwendig sey, die andere aber die Möglichkeit seines Eintretens oder Nichteintretens behauptet; bei letztwilligen Verfügungen, wenn sich der Testator den Schein geben will, als ob er eine Person doch wenigstens für einen gewissen Fall habe bedenken wollen, weßhalb noch nicht anzunehmen ist, daß er nicht bei gesundem Verstande gewesen seyn müsse. Ich kann daher nicht zugeben, was Fitting S. 320...322. behauptet, daß man annehmen müsse, der Bedingungsetzende habe sich das Ereigniß als ungewisses gedacht. Für Rechtsgeschäfte unter Lebenden wird dies zudem geradezu widerlegt durch L. 31. D. de V. O. 45. 1. Vgl. §. 72. Anm. 3.

[8] L. 99. D. h. t. 35. 1. Conditiones extrinsecus, non ex testamento venientes, id est, quae tacite inesse videantur, non faciunt legata conditionalia. L. 107. eod.... veluti quod sub eadem conditione legatum est, sub quo etiam heres alius institutus est; item quod sub conditione relictum est: *si hereditatem adierit.* Man nennt solche Bedingungen auch wohl conditiones iuris nach L. 21. D. eod. Multum interest, conditio facti an iuris esset; nam huiusmodi conditiones: *si navis ex Asia venerit, si Titius consul factus erit,*... impedient heredem circa adeundam hereditatem, quamdiu ignoraret eas impletas esse. Quae vero ex iure venient, in his nihil amplius exigendum, quam ut impletae sint, veluti si quis se filiumfamilias existimat, quum sit paterfamilias, poterit acquirere hereditatem. cf. L. 43. §. 10. D. de aed. ed. 21. 1. *Juris conditio* bedeutet hier aber eine jede aus einem Rechtsatz sich ergebende Voraussetzung einer bestimmten Rechtswirkung einer Handlung. — Von einer stillschweigenden Bedingung im obigen Sinn ist übrigens zu unterscheiden die stillschweigend erklärte Bedingung (§. 64.). L. 54. §. 1. D. locati. 19. 2. L. 107. D. h. t. 35. 1. cf. L. 102. eod. L. 30. Cod. de fideicomm. 6. 42. L. 6. Cod. de instit. et subst. 6. 25.

[9] L. 19. §. 1. D. h. t. 35. 1. Haec scriptura: *si Primus heres erit, damnas esto dare,* pro conditione non est accipienda; magis enim demonstravit testator, quando legatum debeatur, quam conditionem inseruit, nisi forte hoc animo fuerit testator, ut faceret conditionem. In diesem Falle konnte nämlich in die Bedingung der Sinn gelegt seyn, daß der Legatar den Erbschaftsantritt erleben solle, oder daß das Legat, wenn Primus nicht antrete, in keinem Falle gelten solle, auch da, wo dies sonst ungeachtet der Nichtantretung der Erbschaft Rechtens wäre, z. B. nach L. 96. §. 1. D. de legat. I. Unrichtig aber ist es, wenn Fitting S. 312. fg. und mit ihm Unger §. 82. Anm. 8...12. glaubt, daß es sich hier überall nur um eine reine Absichtsfrage handle. Durch das Aussprechen z. B. der Bedingung: *si superstes mihi erit,* kann der Testator die Erbeinsetzung nicht zu einer bedingten machen, wenn er auch wollte.

[10] Diesem Sprachgebrauch widersetzt sich Fitting a. a. O., indem er nur die conditio in praesens vel in praeteritum concepta für eine uneigentliche, jede conditio in futurum concepta, auch die unter Nr. 2. 3. 4. des Textes,

für eine eigentliche erklärt (S. 322.) und mit Rücksicht darauf die letzte definirt als: „Abhängigmachung des Willens von der Wahrheit eines äußern als objectiv ungewiß gedachten Umstandes" (S. 349.). Ich kann diese Definition nach Anm. 6...9 nicht für richtig erkennen, noch auch mich mit der Terminologie (denn nur davon, nicht von einem „Grundsatz" ist die Rede) befreunden, wornach „eine wahre und eigentliche Bedingung" diejenige heißt, die in der That nichts bedingt macht (Nr. 2. 3.). Besser schiene es mir, die Unterscheidung „eigentliche und uneigentliche Bedingungen" ganz aufzugeben, wie dies auch Unger §. 82. Anm. 5. wirklich thut. Auch stimmen mit Fittings Ansicht die gerade zum Beweise derselben angeführten L. 37...39. D. de reb. cred. nicht überein. Denn wenn gesagt wird: „respiciendum enim esse, an, quantum in natura hominum sit, possit scire eum, debitum iri" und daraus gefolgert wird: „itaque tunc potestatem conditionis obtinet, quum in futurum confertur", so ist hierbei natürlich vorauszusetzen, daß das fragliche Ereigniß möglich und nicht nothwendig sey, wobei nur an die auch bei Fitting's uneigentlichen Bedingungen möglichen außerordentlichen Fälle der Anm. 4. nicht gedacht ist. Denn daß eine unmögliche oder nothwendige Bedingung potestatem conditionis obtinet, will man doch wohl nicht behaupten. Unger S. 79. fg.

§. 67.

β) Arten der Bedingung.

Die Bedingung kann 1) entweder eine affirmative oder eine negative seyn, je nachdem die Thatsache, von welcher ein Rechtserfolg abhängig gemacht wird, eine positive ist, d. i. das Eintreten eines Umstandes, oder eine negative, d. i. das Nichteintreten eines Umstandes [a]; 2) entweder eine willkürliche oder zufällige oder gemischte, potestativa, casualis, mixta, je nachdem die Erfüllung derselben ganz von der Willkür des bedingt Berechtigten abhängt [b], oder gar nicht [c], oder zugleich von jener und einem außer seiner Willkür liegenden Umstande [1]; 3) entweder Suspensiv- oder Resolutivbedingung, je nachdem die anfängliche Existenz eines Rechtsgeschäfts oder die Vernichtung eines solchen, das zunächst als unbedingtes in Wirksamkeit tritt, von der zukünftigen Thatsache abhängig gemacht ist; Suspensivbedingung (aufschiebende Bedingung) nennt man sie im ersten Falle, weil dadurch die Entscheidung, ob das Rechtsgeschäft entstehe, suspendirt wird; Resolutivbedingung (auflösende Bedingung) im andern Fall, weil durch deren Erfüllung die Auflösung des Rechtsgeschäfts herbeigeführt wird; hier

[a] L. 7. pr. L. 67. D. h. t. L. 7. D. de V. O. [b] L. un. §. 7. Cod. de cad. toll. 6. 51. L. 4. D. de hered. instit. 28. 5. L. 1. §. 8. D. si quis omissa causa. 29. 4. L. 78. §. 1. D. h. t. L. 28. D. de cond. instit. 28. 7. [c] L. 6. Cod. de necess. hered. instit. 6. 27.

aber ist der Wille, ob dasselbe bestehen bleiben, wie dort, ob es entstehen solle, suspendirt [2].

Anm. [1] L. un. §. 7. Cod. de cad. toll. 6. 51. Sin autem aliquid sub conditione relinquatur vel casuali vel potestativa vel mixta, quarum eventus ex fortuna vel ex honoratae personae voluntate vel ex utroque pendeat, etc. — Unrichtig, nach Pothier, der Code Nap. art. 1169...1171. La condition casuelle est celle qui depend du hasard, et qui n'est nullement au pouvoir du créancier ni du débiteur. — La condition potestative est celle qui fait dependre l'exécution de la convention d'un événement, qu'il est au pouvoir de l'une ou de l'autre des parties contractantes de faire arriver ou d'empêcher. — La condition mixte est celle qui dépend tout à la fois de la volonté d'une des parties contractantes et de la volonté d'un tiers. Doch nennen auch jetzt noch Manche die von der Willkür des bedingt Verpflichteten abhängige Bedingung, der römischen Begriffbestimmung zuwider, „Potestativbedingung", z. B. Windscheid „über die Wirkung der erfüllten Potestativbedingung" im civ. Arch. XXXV. 3. — Uebrigens vgl. noch L. 11. §. 1. D. h. t. Idem sciendum est, promiscuas conditiones post mortem impleri oportere, si in hoc fiant, ut testamento pareatur, veluti: *si capitolium ascenderit* et similia; non promiscuas etiam vivo testatore existere posse, veluti: *si Titius consul factus fuerit.* — Allerdings kann aber ein bedingtes Rechtsgeschäft auch in der Art bestehen, daß die Erfüllung der Bedingung von der Willkür des bedingt Verpflichteten abhängt. L. 121. §. 1. D. d. V. O. 45. 1., §. 36. J. de legat. 2. 20. Jedoch: L. 8. D. de O. et A. 44. 7. Sub hac conditione: *si volam*, nulla fit obligatio: pro non dicto enim est, quod dare nisi velis cogi non potes. „Denn macht sich der Wille vom Willen selbst abhängig *(volo si volam)*, so ist offenbar noch gar keine bindende Willenserklärung beabsichtigt." Fitting a. a. O. S. 335. „Aber auch, wenn sich der Wille schlechthin von dem Willen des zu Verpflichteten abhängig macht, ist offenbar keine verpflichtende Willenserklärung beabsichtigt; vgl. L. 43. §. 2. D. de legat. I. — Unrichtig sagt auch hier, ebenfalls nach Pothier, der Code Nap. art. 1174. „Toute obligation est nulle, lorsqu'elle a été contractée sous une condition potestative de la part de celui qui s'oblige"; wornach es buchstäblich unwirksam wäre, für ein willkürliches Thun oder Unterlassen eine Strafe zu stipuliren. (§. 211.)

[2] L. 2. pr. D. de in diem add. 18. 2. Quoties fundus in diem addicitur: utrum pura emtio est, sed sub conditione resolvitur, an vero conditionalis sit magis emtio, quaeritur. Et mihi videtur verius, interesse, quid actum sit: nam si quidem hoc actum est, ut meliore allata conditione discedatur, erit pura emtio, quae sub conditione resolvitur; sin autem hoc actum sit, ut perficiatur emtio, nisi melior conditio offeratur, erit emtio conditionalis. L. 1. D. de lege commis. 18. 3. Si fundus commissoria lege venierit, magis est, ut sub conditione resolvi emtio, quam sub conditione contrahi videatur. L. 3. D. de contrah. emt. 18. 1. L. 2. §. 3. D. pro emtore. 41. 4. Sabinus si sic emta sit, ut nisi

pecunia intra diem certam soluta esset, inemta res fieret, non usucap. turum nisi persoluta pecunia; sed videamus, utrum conditio sit hoc an conventio; si conventio est, magis resolvetur quam implebitur. L. 2. §. 2...5. ibid. L. 3. D. de contrah. emt. 18. 1. Vgl. Thibaut civ. Abh. n. 17. Kropp. Abh. I. S. 193...195. — Verschieden von einer eigentlichen Resolutivbedingung ist die Festsetzung, nach welcher im Fall eines künftigen Ereignisses nur ein Recht oder Rechtsverhältniß für die Zukunft aufhören soll (§. 73. not. k.), die man jedoch im uneigentlichen Sinn auch Resolutivbedingung zu nennen pflegt.

§. 68.

γ) Zulässigkeit der Bedingungen.

Bei manchen Rechtsgeschäften ist die Hinzufügung einer Bedingung überhaupt [1] oder doch gewisser Arten von Bedingungen [2] unstatthaft, und bewirkt Ungültigkeit des Rechtsgeschäfts. Diese Wirkung hat insbesondere auch die Hinzufügung einer Bedingung, welche der Natur des Rechtsgeschäfts widerstreitet [3]. Außerdem aber können manche an sich mögliche Thatsachen nicht wirksam zur Bedingung von Rechtsgeschäften gesetzt werden, und werden dann gleich unmöglichen Bedingungen behandelt (§. 72).

Anm. [1] L. 77. D. de R. J. 50. 17. Actus legitimi, qui non recipiunt diem vel conditionem, veluti emancipatio, acceptilatio, hereditatis aditio, servi optio, datio tutoris, in totum vitiantur per temporis vel conditionis adiectionem. Nonnunquam tamen actus suprascripti tacite recipiunt, quae aperte comprehensa vitium afferunt; nam si acceptum feratur ei, qui sub conditione promisit, ita demum egisse aliquid acceptilatio intelligitur, si obligationis conditio extiterit, quae si verbis nominatim acceptilationis comprehendatur, nullius momenti faciet actum. Vgl. Fragm. Vat. §. 329. (Nicht richtig cap. 50. in 6to de R. J. „Actus legitimi conditionem non recipiunt neque diem"). Diese Regel gilt auch in Ansehung uneigentlicher Bedingungen, nicht nur, wie sie ausdrücklich ausspricht, stillschweigender, sondern auch, wie Fitting S. 316. fg. gegen Savigny mit Recht behauptet, in Ansehung der auf die Gegenwart oder Vergangenheit gerichteten (L. 51. §. 2. D. de acquir. v. om. hered. 29. 2.), und nothwendiger Bedingungen, was in sofern practisch wichtig seyn kann, als nun die Frage, ob eine hinzugefügte Bedingung eine solche sey, unerheblich ist; in Ansehung unmöglicher Bedingungen ist diese Streitfrage selbst unerheblich. Auf die Anwendung der Regel bezüglich stillschweigender Bedingungen bezieht sich der Satz: „expressa nocent, non expressa non nocent", L. 195. D. de R. J., der jedoch auch noch in anderer Beziehung sich geltend macht. L. 52. D. h. t. 35. 1. L. 68. D. de her. inst. 28. 5. Die Gründe obiger Regel sind gut entwickelt von Fitting a. a. O. S. 340. fg.

[2] Dahin gehören captatorische Bedingungen bei letztwilligen Verfügungen,

L. 70. 71. D. de her. inst. 28. 5., nicht potestative Bedingungen und zwar auch unmögliche, bei Einsetzung eines suus heres. I. 15. D. de cond. inst. 28. 7. L. 4. Cod. de inst. et subst. 6. 25. vgl. Fitting S. 316. 340. Doch ist im letzten Falle eigentlich nicht die Erbeinsetzung an sich nichtig; sie ist nur nicht genügend, um die Nichtigkeit des Testaments abzuwenden, welche freilich auch Nichtigkeit der Erbeinsetzung mit sich bringt. Vgl. §. 598.

[3] Dahin gehört die Bedingung, welche die Existenz einer Verpflichtung schlechthin in die Willkür des Verpflichteten selbst stellt; vgl. §. 67. Anm. 1. a. E. L. 7. pr. D. de contrah. emt. 18. 1. L. 17. 46. §. 3. L. 108. §. 1. D. de V. O. 45. 1. L. 11. §. 7. D. de legat. III.; bei letztwilligen Verfügungen auch die Bedingung, welche die Wirksamkeit schlechthin in die Willkür eines Dritten stellt. L. 52. D. h. t. L. 65. D. de hered. instit. 28. 5. Cf. cap. 13. X. de testament. 3. 26. Vgl. §. 491. Anm. 4. Die Resolutivbedingung bei der Erbeinsetzung gilt pro non adiecta, weil eine Wiederaufhebung des einmal in Wirksamkeit getretenen Erbverhältnisses nicht stattfindet. L. 88. in f. D. de hered. instit. 28. 5. — Vgl. noch cap. 7. X. de conditionibus appos. in deponsat. 4. 5. Si conditiones contra substantiam coniugii inserantur, puta si dicat alteri: *contraho tecum, si generationem prolis evites,* vel, *donec inveniam aliam honore vel facultatibus digniorem*, aut, *si pro quaestu adulterandam te tradas*, matrimonialis contractus . . , caret effectu: licet aliae conditiones appositae in matrimonio, si turpes aut impossibiles fuerint, debeant propter eius favorem pro non adiectis haberi.

§. 69.

δ) Erfüllung der Bedingung.

Die Bedingung ist erfüllt, existit conditio, wenn die zur Bedingung gesetzte Thatsache nach allen ihren Momenten, sowie sie nach richtiger Auslegung (§. 75.) derjenige, welcher die Bedingung setzte, sich vorgestellt hat [a], eingetreten ist [b]. So lange dies nicht geschehen, aber noch möglich ist, heißt es: pendet conditio; wenn entschieden ist, daß sie nicht erfüllt werde: deficit conditio. Negative Bedingungen sind erfüllt, wenn die Thatsache, die nicht eintreten sollte, überhaupt oder in der vorausgesetzten Art unmöglich geworden ist [c]. Häufig aber wird eine Bedingung für erfüllt geachtet, obgleich sie es buchstäblich nicht ist, nämlich 1) wenn derjenige, welchem die Nichterfüllung zum Vortheil gereicht [d], die Erfüllung der Intention der Verfügung zuwider

[a] L. 6. pr. D. de cond. institut. 28. 7. — §. 11. J. de hered. instit. 2. 14. L. 78. §. 1. d. h. t. — L. 2. 10. 11. §. 1. L. 68. 91. D. h. t. L. 7. Cod. de instit. et subst. 6. 25. [b] L. 19. pr. L. 76. L. 101. pr. D. h. t. [c] §. 4. J. de V. O. 3. 15. L. 115. D. eod. 45. 1. L. 7. pr. L. 73. L. 103. 106. D. h. t. [d] L. 81. §. 1. L. 110. D. h. t. L. 85. §. 7. D. de V. O. 45. 1. L. 50. D. de contrah. emt. 18. 1. L. 161. D. de R. J.

absichtlich [e] hindert [1]; 2) wenn derjenige, aus Rücksicht auf welchen die Bedingung gesetzt ist, die zu deren Erfüllung seinerseits erforderliche Einwilligung oder Mitwirkung versagt und dadurch jene verhindert [2], vorausgesetzt, daß nicht die Willensmeinung auf die Thatsache selbst an sich gerichtet ist [f]; 3) bisweilen auch [g], wenn der bedingt Berechtigte durch andere zufällige Umstände an der Erfüllung gehindert worden ist [3].

Anm. 1 L. 161. D. de R. J. Jure civili receptum est, quotiens per eum, cuius interest conditionem non impleri, fiat quominus impleatur, perinde haberi ac si impleta conditio fuisset.

2 Man könnte diesen Satz etwa mit den Worten der L. 24. D. h. t. ausdrücken: Jure civili receptum est, quotiens per eum, cuius interest conditionem impleri, fit quominus impleatur, ut perinde habeatur ac si impleta fuisset. Allein die Vulgata hat hier, wie in L. 161. cit., die Lesart: non impleri, die gewiß die richtige ist. Vgl. übrigens L. 23. D. de cond. instit. „plerumque haec conditio: *si uxorem duxerit, si dederit, si fecerit,* ita accipi oportet, quod per eum non stet, quominus ducat, det aut faciat". Savigny III. S. 138. fg. Windscheid v. d. Voraussetzung S. 185. Plerumque heißt nicht gerade „meistentheils"; die Frage ist wesentlich eine Frage der Willensauslegung; daher auch wohl aus §. 699. des österreich. Gesetzb. nicht mit Unger §. 82. Anm. 35. schlechthin die Unanwendbarkeit der obigen Regel abzuleiten.

3 Beschränkt sich dies nur auf den in not. g. berührten, jetzt unpraktischen Fall, favore libertatis? Zu allgemein spricht jedenfalls cap. 66. de reg. iur. in 6to: Cum non stat per eum, ad quem pertinet, quominus conditio impleatur, haberi debet perinde ac si completa fuisset. Vgl. L. 8. §. 7. 8. L. 24. D. de cond. instit. L. 31. D. h. t. L. 20. pr. D. de annuis leg. 33. 1. L. 3. §. 31. D. de Sc. Silan. 29. 5. L. 23. §. 2. D. ad leg. Aquil. 9. 2. Si institutus fuero sub conditione, *si Stichum manumisero,* et Stichus sit occisus post mortem testatoris, in aestimatione etiam hereditatis pretium me consecuturum; propter occisionem enim defecit conditio. Quodsi vivo testatore occisus sit, hereditatis aestimationem cessare, quia retrorsum quanti plurimi fuit inspicitur. L. 54. §. 2. D. de legat. I. Sed et si servi mors impediisset manumissionem, quum tibi legatum esset, si eum manumisisses, nihilominus debetur tibi legatum, quia per te non stetit, quominus perveniat ad libertatem. Savigny a. a. O. S. 142. bis 148. schlägt vor, statt *mors* zu lesen *mora*. Dagegen Puchta §. 60. not. h. Vorles. S. 124. fgg. Vgl. not. b. — Ungegründet ist die Annahme einer Rechtsvermuthung für die Erfüllung der Bedingung. L. 10. §. 1. D. de reb. dub. 34. 5. Mühlenbruch §. 109. not. 5.

[e] L. 38. D. de statulib. 40. 7. [f] L. 11. 23. D. de condit. inst. 28. 7. L. 14. 31. 78. D. h. t. L. 34. §. 4. D. de legat. II. L. 5. §. 5. D. quando dies. 36. 2. L. 1. Cod. de his quae sub modo. 6. 45. [g] L. 94. D. h. t. L. 3. §. 8. 10. 11. L. 4. §. 5. L. 19. 20. §. 3. 4. L. 28. pr. D. de statuliberis. 40. 7.

ε) Wirkung der Bedingung.

§. 70.

aa) Pendente und deficiente conditione.

So lange die Bedingung schwebt, ist die Existenz des davon abhängigen Rechtserfolges ungewiß; bei der Suspensivbedingung ist es ungewiß, ob das Rechtsgeschäft wirksam werde [1], bei der Resolutivbedingung, ob es wirksam bleibe [a]. Deficiente conditione aber ist es so gut, als ob die bedingte Verfügung gar nicht getroffen wäre; es ist nun gewiß, daß das Rechtsgeschäft nicht wirksam werde [b], beziehungsweise, daß dasselbe nicht aufgelöst werde [c].

Anm. 1 L. 213. D. de V. 8. Ubi pure quis stipulatus fuerit, et cessit et venit dies . . . .; ubi sub conditione, neque cessit neque venit dies pendente adhuc conditione. L. 13. §. 5. D. de pignor. 20. 1. „ante conditionem non recte agi, quum nihil interim debeatur"; sondern — §. 4. J. de V. O. 3. 15. — „ex conditionali stipulatione tantum spes est debitum iri". Cf. L. 16. D. de cond. indeb. 12. 6. Aber L. 42. D. de O. et A. 44. 7. Is, cui sub conditione legatum est, pendente conditione non est creditor, sed tunc, cum extiterit conditio, quamvis eum, qui sub conditione stipulatus est, placet etiam pendente conditione creditorem esse. Cf. L. 27. pr. D. 40. 9. In fraudem creditorum manumittitur liberque esse prohibetur sive dies solvendae pecuniae iam cessit sive in diem vel in conditionem sit debitum. Diversa causa est legati sub conditione relicti; nam, antequam conditio extiterit, inter creditores legatarius iste non habetur.

§. 71.

bb) Wirkung der Erfüllung [1].

Ist die Bedingung erfüllt, so tritt nun der bisher bedingte Wille als für diesen Fall schon im Voraus bindend erklärter Wille in Wirksamkeit; es wird daher 1) im Fall einer sogenannten Suspensivbedingung das bisher bedingte Rechtsgeschäft nunmehr als unbedingtes wirksam, wofern auch die sonstigen Voraussetzungen seiner Wirksamkeit im Zeitpunkt der Erfüllung der Bedingung vorhanden sind [2]; der dadurch entschiedene Rechtserwerb gilt dann als schon in dem Zeitpunkte rechtlich begründet, in welchem er eingetreten seyn würde, wenn das Rechtsgeschäft von Anfang an unbedingt gewesen wäre, wodurch jedoch nicht gesagt ist, daß nun

[a] L. 2. §. 1 . . . L. 4. D. in diem. add. 18. 2. [b] L. 37. D. de contrah. emt. 18. 1. L. 8. pr. D. de periculo rei vend. 18. 6. [c] L. 15. pr. D. de in diem add. 18. 2. L. 3. D. de contrah. emt. 18. 1.

dieser Rechtserwerb durchaus auch als in jenem Zeitpunkte bereits vollendeter Erwerb anzusehen sey[3]; 2) im Fall einer sogenannten Resolutivbedingung wird nun das Rechtsgeschäft, dem sie beigefügt war, aufgelöst, als ob es nicht geschlossen worden wäre, und so denn auch der darauf gegründete Rechtserwerb wieder rückgängig gemacht[4]. In beiden Fällen erleidet jedoch diese Rückwirkung der erfüllten Bedingung eine Beschränkung, falls die Erfüllung in die Willkür desjenigen gestellt war, welcher zufolge derselben verpflichtet werden oder ein Recht verlieren soll[5].

Anm. 1 Vgl. Savigny a. a. O. S. 149 . . . 156.; Sell über bedingte Traditionen. Zürich 1839, und dazu die streng richtende Recension von Ihering in den krit. Jahrb. XII. S. 865. fg.

2 Vgl. a) L. 8. pr. D. de periculo rei vend. 18. 6. Necessario sciendum est, quando perfecta sit emtio; tunc enim sciemus, cuius periculum sit; nam perfecta emtione periculum ad emtorem respiciet . . . . Quodsi sub conditione res venierit, si quidem defecerit conditio, nulla est emtio, sicuti nec stipulatio; quodsi extiterit, Proculus et Octavenus emtoris esse periculum aiunt; idem Pomponius probat. Quodsi pendente conditione emtor vel venditor decesserit, constat, si extiterit conditio, heredes quoque obligatos esse, quasi iam contracta emtione in praeteritum. Quodsi pendente conditione res tradita sit, emtor non poterit eam usucapere pro emtore, et quod pretii solutum est, repetetur, et fructus medii temporis venditoris sunt, sicuti stipulationes et legata conditionalia perimuntur, si pendente conditione res extincta fuerit. Sane si extet res, licet deterior effecta, potest dici esse damnum emtoris. Der Schluß der Stelle lautet nach Haloander: . . . venditoris sunt, si pendente conditione res fuerit extincta: perimitur enim emtio sicut stipulationes et legata etc.; nach der Vulgata: . . . venditoris sunt. Plane si pendente conditione res interierit, perimitur emtio, sicuti stipulationes etc. cf. L. 10. §. 5. D. de iure dot. 23. 3. L. 14. pr. D. de novat. 46. 2. Quoties quod pure debetur, novandi causa sub conditione promittitur, non statim fit novatio, sed tunc demum, quum conditio extiterit. Et ideo si forte Stichus fuerit in obligatione et pendente conditione decesserit, nec novatio continget, quia non subest (Vulg. *superest*) res eo tempore, quo conditio impletur. L. 31. pr. eod. b) L. un. §. 7. Cod. de cad. toll. 6. 51. Sin autem aliquid sub conditione relinquatur . . . quodsi in medio is, qui ex testamento lucrum sortitus est, decedat . . . hoc, quod ideo non praevaluit, manere . . . apud eos, a quibus relictum est. L. 5. §. 2. D. quando dies leg. 36. 2. cf. L. 41. §. 2. D. de legat. I. c) L. 72. D. de fideiussor. 46. 1. Si fideiussori sub conditione obligato, *si navis ex Asia venerit*, quem sub hoc modo accepi, ut usque ad tempus vitae suae duntaxat obligaretur, pendente conditione acceptum latum fuerit, et is fideiussor adhuc pendente conditione mortuus fuerit, confestim a reo petere possum, quia existens

conditio neque obligationem in personam iam mortui efficere neque acceptilationem confirmare possit.

3 Vgl. a) L. 11. §. 1. D. qui pot. 20. 4. Quum enim semel conditio extitit, perinde habetur, ac si illo tempore, quo stipulatio interposita est, sine conditione facta esset. b) L. 8. pr. cit. Anm. 2. a. c) L. 16. D. de solut. 46. 3. Sub conditione debitori si acceptum feratur, postea conditione existente intelligitur iam olim liberatus. Et hoc etiam, si solutio re fiat, accidere Aristo dicebat. cf. L. 13. §. 8. D. de acceptil. 46. 4. Si legatorum sub conditione relictorum fideiussori dato accepto latum sit, legata debebuntur, postea conditione eorum existente. d) L. 69. §. 1. D. de legat. I. Si servum sub conditione legatum heres alienaverit, deinde conditio extiterit, potest, nihilominus a legatario vindicari, nec extinguitur legatum. L. 11. §. 1. D. quemadm. serv. am. 8. 6. Heres, quum legatus esset fundus sub conditione, imposuit ei servitutes: extinguentur, si legati conditio existat; videamus, an acquisitae sequantur legatarium? et magis dicendum est, ut sequantur. cf. L. 12. §. 2. D. fam. erc. 10. 2. L. 105. D. h. t. 35. 1. L. 3. §. 3. Cod. commun. de legat. 6. 43. Sin autem sub conditione . . . fuerit relictum legatum, . . . sin . . . ad venditionem vel hypothecam prosiluerit (heres), sciat, quod conditione impleta ab initio causa in irritum devocetur. e) L. 18. D. de R. J. Quae legata mortuis nobis ad heredem nostrum transeunt, eorum commodum per nos his, quorum in potestate sumus, acquirimus; aliter atque quod stipulati sumus; nam et sub conditione stipulantes omnimodo iis acquirimus, etiamsi liberatis nobis potestate domini conditio existat. cf. L. 14. §. 3. D. quando dies. 36. 2. (In L. 18. cit. ist *domini* interpolirt.) — Man hat hiernach die Regel aufgestellt: „Conditio existens ad initium negotii retrotrahitur", oder (bei Verträgen): „retrotrahitur impleta conditio ad conventionis diem". Savigny III. S. 151. Diese Regel ist aber jetzt angefochten von Windscheid „die Wirkung der erfüllten Bedingung", Basel 1851, 4°, mit Recht, wenn sie so verstanden würde, daß es nach Erfüllung der Bedingung in jeder Beziehung so anzusehen sey, als wenn das Rechtsgeschäft von Anfang unbedingt gewesen wäre. Dagegen ist eine Vertheidigung jener Regel in Aussicht gestellt und vorerst vorbereitet durch eine gehaltvolle Abhandlung von Fitting „über den Begriff der Rückziehung", Erlangen 1856, worin jedoch schon vorläufig (S. 31. fg.) ausgeführt wird, daß bei Vermächtnissen wie bei bedingter Freilassung in Ansehung des Erwerbes keine Rückziehung stattfinde. Vgl. darüber Scheurl in d. krit. Ueberschau V. S. 24. fg. Windscheid in d. heidelb. krit. Ztschr. IV. S. 35. fg. Mir scheint einstweilen eine Rückziehung in dem von Fitting vorangestellten absoluten Sinne überhaupt nicht als Folge der Erfüllung der Bedingung behauptet werden zu können, der von demselben gebildete neue Begriff der Vorwirkung aber, der sich, je nachdem man seinen Standpunkt nimmt, selbst wieder als eine Art von Rückwirkung darstellt, nicht brauchbar zu seyn. Vgl. übrigens noch Unger §. 82. S. 70. fg. — Ueber die Frage insbesondere, wem bei bedingtem Erwerb die Früchte der Zwischenzeit zufallen? vgl. Windscheid a. a. O. S. 12. mit Vang. I. §. 95. (S. 166).

[4] Die obige Auffassung gibt sich schon in der Ausdrucksweise bei einigen Hauptfällen von sog. Resolutivbedingungen zu erkennen: *si ad diem pecunia soluta non sit* oder *si displicuerit, ut inemta invendita res sit.* Dig. de lege commissoria. 18. 3. L. 10. pr. §. 1. D. de rescind. vend. 18. 5. L. 1. §. 3. 5. D. pro emt. 41. 4. In einem andern Fall ist zwar nur von *discedere a venditione* die Rede. Dig. de in diem add. 18. 2. Aber in der That ist dies dasselbe, weil auch dadurch infecta fit emtio. L. 2. D. de rescind. vend. 18. 5. Die Folge ist, daß nun das auf Grund des aufgelösten Rechtsgeschäfts erworbene Recht ipso iure an den Auctor zurückfällt und die kraft desselben Andern eingeräumten Rechte zusammenfallen. L. 4. §. 3. D. de in diem add. 18. 2. Pure vendito et in diem addicto fundo, si melior conditio allata sit, rem pignori esse desinere, si emtor eum fundum pignori dederit. cf. L. 41. D. de R. V. 6. 1. L. 8. D. de lege commiss. 18. 3. L. 4. Cod. de pactis int. emt. et vend. 4. 54. L. 9. pr. D. de aqua et aquae pluv. 39. 3. Damit steht nicht im Widerspruch, daß gleichwohl unter den Contrahenten in solchem Fall die Contractsklage stattfinden kann. L. 4. §. 4. L. 16. D. in diem add. 18. 2. L. 4. pr. L. 5. De lege commiss. 18. 3. Anderer Meinung Rießer in Linde's Ztschr. II. 1. 8. Dagegen Vang. §. 96. vgl. Windscheid a. a. O. S. 23. fg. Ein anderes ist es, wenn die Wiederherstellung des früheren Zustandes zum Gegenstande eines besondern Nebenvertrages unter einer Suspensivbedingung gemacht wird, z. B. eines pactum de retrovendendo. Daraus entsteht nur ein obligatorischer Anspruch auf Erfüllung der Nebenverabredung; es wird nicht das frühere Hauptgeschäft vernichtet. L. 2. Cod. de pact. int. emt. 4. 54. L. 12. D. de praescript. verb. 19. 5. Savigny III. S. 155.

[5] L. 9. §. 1. D. qui pot. 20. 4. Amplius etiam sub conditione creditorem tuendum putabat adversus eum, cui postea quicquam deberi coeperit, si modo non ea conditio sit, quae invito debitore impleri non possit. — L. 3. de quib. mod. pignus solv. 20. 6. Si res distracta fuerit sic, nisi intra certum diem meliorem conditionem invenisset, fueritque tradita et forte emtor, antequam melior conditio offerretur, hanc rem pignori dedisset, Marcellus lib. V. Dig. ait finiri pignus, si melior conditio fuerit allata, quamquam, ubi sic res distracta est, nisi emtori displicuisset, pignus finiri non putet. Streitig wie weit diese Beschränkung gehe? Vgl. Windscheid im civ. Arch. XXXV. 3. und unten §. 384.

§. 72.

ζ) Insbesondere von unmöglichen Bedingungen [1].

Eine unmögliche Bedingung heißt eine solche, von welcher es schon zur Zeit ihrer Festsetzung gewiß ist, daß deren Erfüllung nicht eintreten werde, weil sie nicht eintreten kann [a]; es sey nun aus natürlichen Gründen, physisch unmögliche Bedingung [b], oder aus

[a] Gai. III. 98. [b] §. 11. J. de inutil. stip. 3. 19. Pauli sentt. III. 4. b. §. 1. L. 137. §. 6. D. de V. O. 45. 1.

juristischen Gründen, juristisch unmögliche Bedingung [c]; es sey die Erfüllung unter allen Umständen undenkbar, absolut unmögliche, oder nur durch zufällige Umstände ausgeschlossen, relativ unmögliche Bedingung [d]; es sey die Rede vom Eintreten einer Thatsache, die nicht eintreten kann, positiv unmögliche, oder vom Nichteintreten einer Thatsache, die nothwendig eintreten muß, negativ unmögliche Bedingung [e] Nach der Natur der Sache würde die Verfügung, welche von einer solchen Bedingung abhängig gemacht ist, immer nichtig seyn, und dies ist auch bei Verträgen wirklich der Fall [f]. Bei letztwilligen Verfügungen aber ist umgekehrt angenommen, daß die Bedingung als nicht hinzugefügt zu betrachten sey [g], die Verfügung selbst also als unbedingte bestehe[2], dem Verfügenden mag die Unmöglichkeit bekannt gewesen seyn oder nicht[3]. Den im eigentlichen Sinn unmöglichen Bedingungen sind aber rücksichtlich ihrer Wirksamkeit auch solche Bedingungen gleichgeachtet, vermöge welcher, wenn sie wirksam wären, für Jemanden die Erlangung eines Vortheils oder die Vermeidung eines Verlustes davon abhängig seyn würde, daß er eine rechtswidrige oder unsittliche Handlung begehe, oder eine rechtlich oder sittlich gebotene Handlung unterlasse, wodurch also rechtswidrige oder unsittliche Handlungen oder Unterlassungen würden befördert werden [h], d. i. moralisch unmögliche oder unsittliche Bedingungen, turpes conditiones [4]. Aber auch von solchen Bedingungen gilt das Gleiche, welche zwar nicht auf an sich Rechtswidriges oder Unsittliches gerichtet sind, welche aber eben dadurch einen verwerflichen Charakter annehmen, daß sie als Bedingungen eines Rechtsgeschäfts gesetzt werden [i], und auch diese werden moralisch unmögliche oder unsittliche Bedingungen genannt, wirken jedoch nicht immer in gleicher Weise [5]. Erscheint eine Bedingung in ihrer Beziehung zu der Hauptbestimmung als

[c] L. 35. §. 1. L. 137. §. 6. D. l. c. l. 72. §. 7. D. h. t. [d] L. 6. §. 1. L. 72. §. 7. D. h. t. L. 45. D. de hered. inst. 28. 5. L. 26. §. 1. D. de statulib. 40. 7. cf. L. 4. §. 1. D. ibid. L. 6. D. de cond. inst. 28. 7. [e] arg. L. 7. D. de V. O. [f] §. 11. J. cit. L. 7. 137. §. 6. cit. L. 1. §. 11. L. 31. D. de O. et A. 44. 7. L. 29. D. de fideiuss. 46. 1. L. 9. §. 6. D. de reb. ered. 12. 1. [g] Gai. III. 98. Paul. l. c. §. 10. J. de hered. inst. 2. 14. L. 3. 6. §. 1. D. h. t. L. 1. 6. 20. pr. in f. D. de cond. inst. L. 16. in f. D. de iniusto test. 28. 3. L. 104. §. 1. D. de legat. I. L. 5. §. 4. D. quando dies. 36. 2. [h] Paul. L. c. §. 2. L. 9. 14. 27. pr. D. de cond. inst. L. 8. §. 1. D. de usu. 7. 8. L. 5. Cod. de inst. et subst. cf. L. 15. D. de cond. inst. — L. 26. 27. 123. D. de V. O. §. 36. J. de legat. 2. 20. — L. 121. §. 1. D. l. c. L. 1. Cod. si mancipium ita venierit ne prostituatur. 4. 56. — L. 7. §. 3. D. de pactis. 2. 14. cf. L. 2. D. de cond. ob turp. caus. 12. 5. [i] Paul. l. c. L. 71. §. 1. 2. L. 72. §. 4. 5. L. 79. §. 4. D. h. t. L. 8 D. de cond. inst. 28. 7.

widersinnig[k], so hat dies Nichtigkeit der ganzen Verfügung zur Folge[6].

Anm. [1] Vgl. überhaupt W. Sell, die Lehre von den unmöglichen Bedingungen, in dessen Vers. Bd. II. (1834). Arndts Beitr. I. S. 161...183. Die hier versuchte Berichtigung der Begriffe ist wieder angefochten von Mühlenbruch Bd. 41. S. 111...114. Dagegen aber vgl. Savigny III. S. 156 bis 203, (gleichzeitig), und jetzt auch Vang. 6. Aufl. I. §. 93. Unger S. 80. fg.

[2] Gai III. 98. Item si quis sub ea conditione stipuletur, quae existere non potest, veluti: *si digito coelum tetigerit*, inutilis est stipulatio. Sed legatum sub impossibili conditione relictum nostri praeceptores (die Sabinianer) proinde valere putant, ac si ea conditio adiecta non esset; diversae scholae auctores (die Proculianer) non minus legatum inutile existimant quam stipulationem: et sane vix idonea diversitatis ratio reddi potest. L. 3. D. h. t. (Ulpian Lib. VI. ad Sabinum.) Obtinuit, impossibiles conditiones testamento adscriptas pro nullis habendas. — Zu bemerken: a) Tritt die Unmöglichkeit erst später ein, so gilt die Bedingung nicht als unmögliche, sondern als vereitelte (deficit conditio). L. 94. pr. D. h. t. L. 23. §. 2. D. ad leg. Aquil. 9. 2. b) Ist die Bedingung schon zur Zeit der letztwilligen Verfügung, wenn gleich ohne Wissen des Verfügenden, vereitelt, so ist sie der unmöglichen gleich. L. 6. §. 1. D. h. t. Sabinus quoque et Cassius quasi impossibiles eas conditiones in testamento positas pro non scriptis haberi: quae sententia admittenda est. Anders, wenn die Bedingung als conditio in praesens vel in praeteritum collata gedacht war. §. 66. Anm. 4. c) Eine nur theilweise unmögliche Bedingung gilt auch nur insofern pro non scripta. L. 6. §. 1. cit. L. 45. D. de hered. inst. 28. 5. d) Eine Bedingung von einer, nicht bloß der einzelnen Person, unüberwindlichen Schwierigkeit ist der unmöglichen gleich zu achten. L. 6. D. de cond. inst. cf. L. 4. §. 1. D. de statulib. 40. 7. L. 137. §. 4. D. de V. O. Savigny S. 165. „unerschwingliche Bedingung". e) Eine Bedingung, die unter Voraussetzung einer Aenderung der gegenwärtigen Umstände noch erfüllt werden könnte, ist nicht eine unmögliche, L. 58. D. h. t., wenn nicht die Voraussetzung selbst verwerflich erscheint. L. 35. §. 1. L. 83. §. 5. L. 137. §. 6. D. de V. O. Nec ad rem pertinet, quod ius mutari potest et id quod nunc impossibile est postea possibile fieri. L. 34. §. 2. D. de contrah. emt. 18. 1. Liberum hominem . . . emere non possumus, . . . nec . . . *quum servus erit* . . .: nec enim fas est eiusmodi casus exspectare. Savigny S. 166. bis 169.

[3] Darüber Sell S. 77...88. Savigny S. 191. 92. Vgl. §. 66. Anm. 7. Anders jedoch entscheidet Julian, obwohl Sabinianer, bezüglich testamentarischer Freilassung, in einem Fall der Anm. 2. d. L. 4. §. 1. D. de statulib. 40. 7. Savigny III. S. 135. not. d. S. 203. not. i.

[4] L. 15. D. 28. 7. Quae facta laedunt pietatem, existimationem,

[k] L. 16. D. h. t. 28. 7. L. 88. D. ad leg. Falcid. 35. 2. L. 39. D. de manum. test. 40. 4. cf. L. 4. §. 1. D. de hered. instit. 28. 5.

verecundiam, et ut generaliter dixerim contra bonos mores fiunt, nec facere nos posse credendum est. L. 9. eod. veluti: *si ab hostibus patrem suum non redemerit, si parentibus suis patronove alimenta non praestiterit;* L. 27. pr. ibid. *si reliquias eius in mare abiiciat;* L. 8. §. 1. D. 7. 8. *si a viro divortisset.* L. 123. D. 45. 1. Si flagitii faciendi vel facti causa concepta sit stipulatio, ab initio non valet. L. un. in f. Cod. de his quae poen. nom. Quodsi aliquid facere vel legibus interdictum vel alias probrosum vel etiam impossibile iussus aliquis eorum fuerit, tunc sine ullo damno etiam neglecto testatoris praecepto servabitur. cf. L. 7. §. 3. D. 2 14. Si ob maleficium ne fiat promissum sit, nulla est obligatio ex hac conventione. Arndts a. a. O. S. 173 ... 179. Savigny §. 122. Mit Wahrscheinlichkeit hat Savigny S. 194. fg. von diesem Falle die Entstehung der Sabinianischen Ansicht hergeleitet, die alsdann auch auf den Fall eigentlich unmöglicher Bedingungen übertragen worden sey. Einen andern Erklärungsgrund, den übrigens auch schon Savigny S. 200., nur in secundärer Stellung, angedeutet hat, stellt Fitting voran, im civ. Arch. XXXIX. S. 322., von der Voraussetzung ausgehend, daß der Testator die Bedingung für möglich gehalten habe, obwohl sie ihm auch so „kaum eine ganz idonea ratio" ergibt.

5 Arndts S. 179 ... 181. Savigny §. 123. Es gehören dahin namentlich folgende Fälle:

a) Bedingung letztwilliger Zuwendungen durch Ehelosigkeit der bedachten Person oder durch Heirath nach fremder Willkür, nach der Lex Julia, L. 22. 28. pr. L. 72. §. 4. 5. L. 79. §. 4. D. h. t., jedoch mit einer Ausnahme L. 2. 3. Cod. de indicta viduidate. 6. 40. nov. 22. cap. 43. 44.; nicht jede die Wahl beschränkende Bedingung, L. 62. §. 2. L. 63. pr. §. 1. L. 64. 71. §. 1. L. 79. §. 4. D. h. t.

b) Versprechen einer Strafe für den Fall der Nichteingehung einer bestimmten Ehe, L. 71. §. 1. D. h. t. L. 134. D. de V. O.

c) Nach Umständen auch Versprechen unter Bedingung einer bestimmten Heirath, L. 97. §. 2. D. de V. O.

d) Ehescheidung als Bedingung gesetzt? L. 2. Cod. de inutil. stip. 8. 39. L. 8. §. 1. D. de usu. L. 5. Cod. de inst. et subst. vgl. not. h.

e) Beschränkung auf einen bestimmten Wohnsitz oder Aufenthalt als Bedingung letztwilliger Zuwendung. L. 71. §. 2. D. h. t.

f) Beschränkung der Freiheit letztwilliger Verfügung durch Versprechen einer Conventionalstrafe. L. 61. D. de V. O. Vgl. über captatorische Bedingungen bei letztwilligen Verfügungen §. 68. Anm. 2.

g) Eidliche Zusicherung einer Leistung als Bedingung einer letztwilligen Zuwendung, conditio iurisiurandi. Hier wird der Eid erlassen, die Verfügung wird als unbedingte angesehen, die Leistung aber muß erfüllt werden als Modus (§. 74.) L. 8. D. de cond. inst. Vgl. Savigny S. 185 ... 190. und (gleichzeitig) Huschke in Linde's Ztschr. XIV. 12. — Eine sehr streitige Frage, ob und wiefern die Bedingung der Religions-Aenderung oder Nichtänderung zuläßig sey? Sie ist nicht schlechthin mit Nein zu beantworten. Arndts im Rtslex. III. S. 936. not. 172. vgl. Vang. §. 93. Wächter Hdb. II. S. 725. Anm. 18. Unger §. 82.

Anm. 113. 114. Dagegen Sell. S. 142. fg. Mühlenbruch Bd. 41. S. 104. bis 106. Savigny S. 184. fg. u. a.

6 Ueber die Wirkung unmöglicher Bedingungen als Resolutivbedingungen vgl. Sell S. 102. fg. 133 fg. mit Arndts Beitr. S. 167. und Savigny S. 192. fg. „Es ist so gut, als ob der Vertrag ganz ohne Resolutivbedingung geschlossen wäre . . . . Ist von einer unsittlichen Bedingung die Rede, so können dieser die Partheien die Form einer resolutiven geben, lediglich, um die Anwendung der oben aufgestellten Regeln zu umgehen; dann muß in jedem einzelnen Falle dasjenige geschehen, was zur Aufrechthaltung des sittlichen Zwecks nothwendig ist". Es kommt hier überall auf die Tendenz der Verfügung in ihrem ganzen Zusammenhang an.

7 Welche Wirkung hat die unmögliche Bedingung bei der Pollicitatio? Sell S. 108. fg. hält sie wie bei letztwilligen Verfügungen pro non adiecta, arg. L. 13. §. 1. D. de pollicitat. 50. 12. L. 2. §. 44. D. ad Sc. Tertull. 38. 17.; aber conditio heißt hier soviel wie modus (§. 74.) Vang. §. 93. Anm. 2.

§. 73.

c) Zeitbestimmung [1].

Eine Zeitbestimmung bei einem Rechtsgeschäfte kann den Zweck haben, entweder den Anfang eines Verhältnisses, oder dessen Dauer, also das Ende zu bestimmen [a]; Anfangstermin, dies ex quo oder a quo, oder Endtermin, dies ad quem [2]. Der Zeitpunkt kann an sich genau bestimmt seyn, entweder unmittelbar nach dem Kalender oder auch durch Festsetzung eines Zeitraums von einem Zeitpunkte an, der, bevor die Wirksamkeit der Verfügung eintreten kann, ohnehin bereits feststehen muß, z. B. bei einer letztwilligen Verfügung: „ein Jahr nach meinem Tode" [b]. Der Zeitpunkt kann aber auch mit Rücksicht auf einen künftigen Umstand bestimmt seyn, von welchem vorerst ungewiß ist, ob oder wann, oder ob und zugleich wann er eintreten werde [c]. Im ersten Fall nennt man im Allgemeinen die Zeitbestimmung dies certus oder certa, im andern Fall dies incertus oder incerta, und zwar dies incertus-an?-quando?-an et quando? [3] Der sogenannte dies incertus an et quando enthält seinem Wesen nach immer, der sog. dies incertus an certus quando aber in der Regel neben der Zeitbestimmung zugleich eine Bedingung [4]; er macht die Entstehung,

a §. 2. 3. J. de V. O. 3. 15. L. 44. §. 1. D. de O. et A. 44. 7. L. 34. D. de hered. instit. 28. 5. b L. 41. 46. pr. 47. D. de V. O. L. 21. pr. D. quando dies. 36. 2. c L. 21. pr. 22. pr. D. l. c. L. 1. pr. §. 1. 2. D. de cond. et dem. 35. 1. L. 16. §. 1. L. 17. D. de cond. indeb. 12. 6. L. 12. §. 1. L. 77. §. 10. D. de legat. II.

beziehungsweise das Ende des Verhältnisses selbst ungewiß [d]. Jedoch kann bei einer Zeitbestimmung, die ihrem Ausdruck nach als dies incertus an erscheint, die Meinung wohl auch die seyn, daß schlechthin nur die Wirksamkeit der Verfügung auf den an sich gewissen Zeitpunkt verlegt seyn solle, in welchem ein Umstand eintreten wird, wenn er überhaupt eintritt [e]. Der sogenannte dies incertus quando (certus an) enthält an sich nicht eine Bedingung [f], kann aber gleichfalls eine solche enthalten, insofern er in Verbindung mit einem ungewissen Umstande gedacht wird [g], und insofern kann selbst ein an sich genau bestimmter Zeitpunkt (dies certus im obigen Sinn) die Natur einer Bedingung annehmen. Bloße Zeitbestimmung ist also nur diejenige, welche keine Bedingung in sich enthält, und in einem andern Sinn wird denn [h] eine jede solche Zeitbestimmung dies certus, jede bedingende dies incertus genannt [5]. Die bloße Zeitbestimmung als solche aber unterscheidet sich von der Bedingung dadurch, daß sie nicht, wie diese, das Verhältniß selbst, Entstehung oder Auflösung desselben, ungewiß macht, sondern als Anfangstermin nur den Anfang wirksamen Daseyns [6] des schon jetzt vollkommen gewissen Rechtsverhältnisses hinausschiebt [i], als Endtermin das fernere Bestehen oder Geltendmachen desselben abschneidet [k]. Uebrigens kann nicht allen Rechtsgeschäften eine Zeitbestimmung der einen oder andern Art wirksam hinzugefügt werden [l].

Anm. [1] Vgl. überhaupt Savigny III. S. 204 ... 226. Sint. §. 21. S. 180 ... 184. Unger §. 83. (Bd. II. S. 88 ... 99.)

[2] In Betreff der römischen Terminologie vgl. L. 44. §. 1. D. de O. et A. Vel ex die incipit obligatio aut confertur in diem: ex die, veluti *Kalendis Martiis dare spondes?* ad diem autem: *usque ad Kalendas dare spondes?* §. 2. J. 3. 15. In diem . . . stipulatio fit veluti: *decem aureos primis Kalendis Martiis dare spondes?* L. 34. D. de her. inst. Hereditas ex die vel ad diem non recte datur.

[3] Wie *dies a quo* und *ad quem*, so sind auch diese Bezeichnungen un-

[d] L. 56. cf. L. 16 ... 18. D. de cond. indeb. L. 21. pr. L. 22. pr. cit. L. 38. §. 16. D. de V. O. 45. 1. cf. L. 45. §. 3. eod. [e] L. 5. Cod. quando dies. 6. 53. L. 46. D. ad Sc. Trebell. 36. 1. [f] L. 16. §. 1. L. 17. citt. L. 4. §. 1. D. quando dies. 36. 2. L. 79. pr. §. 1. D. de cond. et dem. [g] L. 75. 79. §. 1. L. 1. §. 2. D. ibid. [h] Gai. I. 186. II. 250. II. 124. Ulp. XXIV. 31. cf. L. 75. D. cit. L. 30. §. 4. D. de legat. I. [i] §. 2. 4. J. l. c. L. 46. pr. D. de V. O. L. 21. pr. D. quando dies. L. 213. D. de V. S. cf. L. 41. §. 1. D. de V. O. [k] §. 3. J. l. c. L. 56. §. 4. D. de V. O. l. 2. Cod. de donat. sub modo. 8. 55. [l] L. 77. D. de R. J. (§. 68.) L. 5. D. de acceptilat. 46. 2. L. 34. D. de hered. inst. 28. 5. §. 9. J. de hered. inst. 2. 14.

römisch, und auch die Ausdrücke *dies certus* und *incertus* bezeichnen in den Quellen nicht immer denselben Gegensatz. Vgl. not. b. c. h. und Anm. 5.

[4] Mit Recht ist es getadelt worden, daß man sage, eine solche Zeitbestimmung sey eine Bedingung, und übersehe, daß sie doch immer auch eine Zeitbestimmung in sich schließt. Fitting im civ. Arch. XXXIX. S. 331. fg. Unger §. 83. Anm. 8... 12. Aber wenn andererseits die Bedingung auch eine Zeitbestimmung enthält, so treffen beide doch zusammen (Fitting S. 333.), und ist es daher natürlich, daß in jener der Charakter der Bedingung vorzugsweise betont wird. Vgl. L. 22. pr. D. 36. 2. Si Titio, *quum is annorum quatuordecim esset factus*, legatum fuerit... non solum diem, sed et conditionem hoc legatum in se continet, *si effectus esset annorum quatuordecim* . . . Nec interest, utrum scribatur: *si annorum quatuordecim factus erit*, an ita; quum priore scriptura per conditionem tempus demonstratur, sequente per tempus conditio; utrubique tamen *eadem conditio* est. L. 21. pr. eod. „tempus conditiove", d. h. „die Zeit oder vielmehr Bedingung". L. 49. §. 2. D. de legat. 1. Hoc autem legatum (sc. nach §. 1. *quum ad quartum decimum annum pervenisset, annua, bima, trima die)* et conditionale est et in diem; conditionale, quamdiu quartus decimus annus sit completus; postea in diem (sc. *annuam, bimam, trimam).* Andrerseits wird auch die conditio ein dies incertus genannt in L. 30. §. 4. D. de legat. I.

[5] Ueber den Sprachgebrauch vgl. Gai. I. 186. „sub conditione aut ex die certo"; II. 250. „vel sub conditione vel pure vel ex die certo"; Gai. III. 124. „quam . . . certum est debitum iri, i. e. quae (sc. pecunia) sine ulla conditione deducitur in obligationem; itaque et ea pecunia, quam in diem certum dari stipulamur, eodem numero est, quia certum est eam debitum iri". — L. 1. §. 2. D. de cond. et dem. Dies autem incertus est, quum ita scribitur: *heres meus cum morietur decem dato;* nam diem incertum mors habet eius, et ideo, si legatarius ante decesserit, . . . non cessit dies vivo eo, quamvis certum fuerit moriturum heredem. L. 75. D. ibid. Dies incertus conditionem in testamento facit. L. 16. D. 12. 6. Sub conditione debitum per errorem solutum pendente quidem conditione repetitur, conditione autem existente repeti non potest. §. 1. Quod autem (*Hal.* etiam) sub incerta die debetur, die existente (*Cuiac.* die non existente) non repetitur. L. 17. eod. Nam si, quum moriar, dare promisero et antea solvam, repetere me non posse Celsus ait. L. 72. §. 5. D. 35. 1. *Maeviae, si non nupserit, fundum, quum morietur, do lego:* potest dici, et si nupserit, eam confestim ad legatum admitti (vgl. §. 72. Anm. 5. a). Non idem probatur, si certus dies incertusve alius legato fuerit adscriptus. (Fitting von der Rückziehung S. 107. Anm. 53.) Vgl. Savigny §. 126. not. c. e. h.

[6] Unrichtig oder wenigstens ungenau ist es, zu sagen, daß durch den Anfangstermin nur die Geltendmachung, nicht das Daseyn des Rechtsverhältnisses hinausgeschoben werde. Unger §. 83. Anm. 6. 7. Einleuchtend ist dieß, wenn das Eigenthum oder sonst ein dingliches Recht ex die verliehen ist. L. 1. §. 2. D. quib. mod. ususfr. am. 7. 4. L. 9. §. 2. D. usufr. quemadm. cav. 7.

9. L. 72. §. 5. D. de cond. et dem. 35. 1. (§. 560. not. b. §. 569. not. a.). Nur die Existenz einer wirksamen Verfügung ist sofort entschieden und dadurch eine schon ante diem gesicherte Aussicht auf das künftige Recht begründet; aber die Wirksamkeit der Verfügung und das Daseyn des durch diese gewährten Rechts beginnt erst die existente. Bei obligatorischen Rechtsgeschäften kann man allerdings sagen, die Obligatio, das Gebundenseyn des Versprechenden, sey sogleich entschieden; aber eine Forderung als gegenwärtiges Recht hat der Gläubiger vorerst noch nicht. Erst die existente konnte geklagt werden: *dari fieri oportere* L. 9. pr. D. de reb. cred. 12. 1. Daher die verschiedene Ausdrucksweise: a) L. 44. §. 1. D. de O. et A. 44. 7. „Ex die incipit obligatio". L. 41. §. 1. D. de V. O. 45 1. „Dies adiectus efficit, ne praesenti die pecunia debeatur". cf. L. 14. D. de R. J. b) §. 2. J. de V. O. 3. 15. „Id autem, quod in diem stipulamur, statim quidem debetur, sed peti, priusquam dies veniat, non potest". L 46. pr. D. eod. „praesens obligatio est, in diem autem dilata solutio." cf. L. 10. D. de cond. indeb. 12. 6. In diem debitor adeo debitor est, ut ante diem solutum repetere non possit. — Uebrigens vgl. L. 213. D. de V. S. Cedere diem significat incipere deberi pecuniam; venire diem significat eum diem venisse, quo pecunia peti possit. Ubi pure quis stipulatus fuerit, et cessit et venit dies; ubi in diem, cessit dies sed nondum venit; ubi sub conditione, neque cessit neque venit dies pendente adhuc conditione.

§. 74.

d) Modus [a].

Eine rechtliche Verfügung, insbesondere die Zuwendung eines Vermögensvortheils, kann ausdrücklich oder stillschweigend an die Voraussetzung einer vergangenen, gegenwärtigen oder künftigen Thatsache (causa, conditio, modus i. w. S.) geknüpft seyn, in deren Ermangelung der bleibende Erfolg jener Verfügung, obwohl deren Daseyn nicht dadurch bedingt war, dem wahren Willen des Verfügenden zuwider wäre, und daher nach Umständen durch Einrede oder Klage rückgängig gemacht werden kann [1]. Eine besondere Art der Nebenbestimmung liegt darin im Allgemeinen nicht [2]. Bei Schenkungen und letztwilligen Verfügungen aber kommt ein Modus in engerm technischen Sinn als eigenthümliche Art von Nebenbestimmung vor, welche dem Empfänger eines Vortheils auferlegt, das Empfangene (oder dessen Geldwerth) ganz oder zum Theil zu

[a] Cod. de his quae sub modo legata seu fideicommissa relinquuntur. 6. 45. Cod. de donationibus, quae sub modo vel conditione vel ex certo tempore conficiuntur. 8. 55. Dig. de conditionibus . . . et modis eorum, quae in testamento scribuntur 35. 1.

einem bestimmten Zwecke zu verwenden [b] oder sonst etwas dafür zu leisten [c], welche somit die Gabe in dem Maße ihres Vermögensbetrages durch die darauf gelegte Last beschränkt [3]. Durch den Modus wird der Erwerb der Gabe nicht bedingt [d], aber durch die Annahme des sub modo Gegebenen der Empfänger zur Erfüllung der Auflage verpflichtet [e], sofern ihm diese nicht etwas Unmögliches, Rechtswidriges oder Unsittliches zumuthet [f]. Er kann zur Erfüllung oder auch zur Cautionsleistung wegen künftiger Erfüllung [g] angehalten werden, nach Verschiedenheit der Umstände, durch den Geber selbst oder dessen Erben [h], oder durch einen Dritten, dessen Vortheil die Auflage bezweckt [i], oder auch von Amts wegen durch die Obrigkeit [k]. Der Modus ist einerseits von der Bedingung zu unterscheiden [l], als welche das Daseyn des Rechtsgeschäfts von Anfang ungewiß macht [4], andererseits von einer bloßen Empfehlung, als welcher eine rechtliche Wirkung überhaupt gar nicht zukommt [m].

Anm. [1] Windscheid, die Lehre des R. R. von der Voraussetzung, Düsseldorf 1850. Vgl. unten §. 340.

[2] Böcking Inst. §. 110. not. *a*. „Windscheid will an die Stelle des modus die Voraussetzung setzen. Seine eigene Darstellung aber zeigt, wie verschieden in Begriff und Wirkungen die manchfaltigen Willensbestimmungen seyen, die wir als Voraussetzung bezeichnen und wofür weder unsere Rechtsquellen noch die lateinische Sprache überhaupt einen entsprechenden Ausdruck hat."

[3] Nicht genau entsprechend sind die Ausdrücke: „Zweckbestimmung", oder „Verwendungsbestimmung." Modus kommt aber auch in weiterer Bedeutung vor, z. B. in L. 44. §. 3. D. de O. et A. 44. 7. L. 72. D. de fideiuss. 46. 1. L. 92. D. de her. inst. 28. 5.; dagegen auch conditio gleichbedeutend mit modus, insbesondere in der Formel: *sub conditione ut faciat* etc. = *ea lege ut* etc.; verschieden von *sub ea conditione, si:* L. 8. §. 7. D. de cond. inst. 28. 7. L. 71. §. 1. L. 80. D. h. t. L. 44. D. de man. test. 40. 4. L. 2. §. 7. D. de donat. 39. 5. L. 1. 2. 5. Cod. h. t. 8. 55. Vergl. überhaupt Savigny III. §. 128. 129. Eine engere Beschränkung gibt übrigens dem Begriff des Modus Böcking Inst. §. 115., indem er denselben mit Hugo

[b] L. 17. §. 4. D. h. t. [c] L. 92. D. h. t. L. 17. §. 2. D. de test. man. 40. 4. [d] L. 80. D. h. t. L. 17. §. 2. D. de test. man. 40. 4. [e] L. 9. Cod. de donat. 8. 54. [f] L. 37. D. h. t. L. 8. §. 6. 7. D. de const. inst. 28. 7. L. 7. in f. D. de annuis leg. 33. 1. L. 16. D. de usu. 33. 2. L. 113. §. 5. D. de legat. I. L. 1. Cod. h. t. 6. 45. L. 8. Cod. de cond. ob turp. caus. 4. 6. cf. L. 4. D. de adm. rer. civ. 50. 8. [g] L. 40. §. 5. L. 71. pr. §. 1. 2. L. 80. D. h. t. L. 19. D. de legat. III. cf. L. 1. Cod. h. t. 6. 45. [h] L. 7. D. cit. L. 1. 2. Cod. h. t. 8. 55. L. 9. Cod. de donat. 8. 54. [i] L. 3. Cod. l. c. L. 1. 2. Cod. h. t. 6. 45. [k] L. 50. §. 1. D. de her. pet. 5. 3. cf. L. 7. D. cit. L. 92. D. h. t. [l] L. 2. Cod. h. t. 6. 45. cf. L. 41. pr. D. de contrah. emt. 18. 1. [m] L. 71. pr. D. h. t. L. 13. §. 2. D. de don. int. V. et. U. 24. 1. cf. L. 2. §. 7. L. 8. D. de donat. 39. 5.

R. Rtsg'ch. S. 539. nur bei Schenkungen und Vermächtnissen als eigenthümliche Art der Nebenbestimmung anerkennt, und zwar mit Rücksicht darauf, daß diesen gesetzlich ein gewisses Maß vorgezeichnet ist, dessen Ueberschreitung durch die denselben auferlegte Last ausgeschlossen seyn könne.

4 „Die Bedingung suspendirt, zwingt aber nicht; der Modus zwingt, suspendirt aber nicht." Savigny III. S. 231. Im einzelnen Fall kann es zweifelhaft seyn, ob ein Modus oder eine Bedingung beabsichtigt sey. In solchem Fall nach L. 9. D. de R. J. (§. 75. not. i.) im Zweifel für den Modus als die geringere Beschränkung sich zu entscheiden (Savigny S. 232. Unger §. 84. a. E.), scheint mir nicht gegründet.

§. 75.

5) Auslegung der Rechtsgeschäfte.

Die Willenserklärung kann noch Zweifeln Raum lassen über den Inhalt des Rechtsgeschäfts. Hier kommt es darauf an, die wahre Willensmeinung der handelnden Personen herauszufinden [a], wie bei Auslegung von Gesetzen die Absicht des Gesetzgebers. Auch hier ist eine authentische Auslegung möglich [b], die jedoch bei zweiseitigen Rechtsgeschäften natürlich nicht schlechthin von einem allein ausgehen [c], und nicht willkürlich etwas in der That gar nicht Erklärtes als Inhalt eines Rechtsgeschäfts ausgeben kann [d]. Außerdem sind auch hier, wie bei der Gesetzauslegung, die Worte, welche den Willen ausdrücken sollen, zunächst grammatisch zu erklären [e], mit Berücksichtigung sowohl des besondern als des gemeinen Sprachgebrauches [f]. Bleibt darnach etwas zweifelhaft, so ist der Sinn anzunehmen, nach welchem das Rechtsgeschäft bestehen kann [g], oder welcher seiner Natur am besten entspricht [h]. Sodann ist im Zweifel die mildere Erklärung vorzuziehen [i], daher insbesondere bei einseitigen Verpflichtungen diejenige, wonach der sich Verpflichtende am wenigsten beschwert wird [k]. Bei gegenseitig verpflichtenden Rechtsgeschäften ist im Zweifel zum Nachtheil dessen zu entscheiden, der als Hauptperson dabei thätig war, welchem die genauere und deutlichere Fassung obgelegen hätte [l]. Uebrigens gibt es manche

a L. 219. D. de R. J. L. 7. §. 2. D. de supell. leg. 33. 10. L. 3. Cod. de lib. praet. 6. 28. b L. 21. §. 1. D. qui test. fac. 28. 1. L. 96. D. de R. J. c L. 12. D. de transact. 2. 15. L. 83. §. 1. D. de V. O. 45. 1. d L. 21. §. 1. Cit. L. 9. D. de hered. inst. 28. 5. L. 3. D. de reb. dub. 34. 5. e L. 25. §. 1. L. 69. pr. D. de legat. III. f L. 34. D. de R. J. L. 7. §. 2. cit. L. 65. §. 7. L. 69. §. 1. D. de legat. III. L. 18. §. 3. D. de instr. leg. 33. 7. g L. 12. D. de reb. dub. 34. 5. L. 80. D. de V. O. 45. 1. h L. 67. D. de R. J. i L. 9. 56. 90. 168. 192. §. 1. D. de R. J. k L. 34. D. ibid. L. 38. §. 18. D. de V. O. 45. 1. l L. 39. D. de pact. 2. 14. L. 21. 33. 34. pr. D. de contrah. emt. 18. 1. L. 172. pr D. de R. J. cf. L. 99. pr. pr. D. de V. O. 45. 1.

begünstigte Verhältnisse (causae favorabiles), zu deren Gunsten im Zweifel interpretirt werden soll, wie die Freiheit [m], die Dos, soviel die Ansprüche der Frau betrifft [n], und letztwillige Zuwendungen [o].

Gegen mögliche nachtheilige Auslegung von Rechtsgeschäften, sowie überhaupt gegen mögliche Folgen von Handlungen kann man sich zu schützen suchen durch Protestation und Reservation, Verwahrungen und Vorbehalte, wodurch aber keine von dem Willen des Handelnden unabhängige Folge abgewendet, noch auch das erworbene Recht eines Andern geschmälert werden kann [p].

§. 76.

6) Wirkung der Rechtsgeschäfte, insbesondere in Beziehung auf dritte Personen.

Die Wirkung eines Rechtsgeschäfts bestimmt sich durch dessen allgemeine Natur und besondern Inhalt. Insofern durch dasselbe Rechte oder Verpflichtungen begründet werden sollen, bezieht sich seine Wirkung zunächst auf die handelnden Personen selbst. Aber es kann das Rechtsgeschäft auch, von dem einen vorgenommen, jene Wirkung für einen Andern haben, theils gemäß der Absicht des ersten, für diesen, als dessen Stellvertreter [1], die juristische Handlung vorzunehmen und die dadurch erzielte rechtliche Wirkung hervorzubringen, theils auch ohne solche Absicht kraft rechtlicher Nothwendigkeit, und zwar bald so, daß die Wirkung unmittelbar für den Andern eintritt, als ob er selbst gehandelt hätte, bald nur so, daß dieselbe als zunächst für die handelnde Person begründete mittelbar auf ihn übertragen wird [2]. Ob und wie dieses stattfinde, ist nach der Natur der verschiedenen Rechtsverhältnisse näher zu bestimmen. Im Allgemeinen ist nur zu bemerken: 1) Nach altem Rechtsatz fand vermögensrechtlicher Erwerb durch die der Gewalt unterworfenen Personen (Sclaven und Hauskinder) kraft rechtlicher Nothwendigkeit und mit unmittelbarer Wirkung für die Gewalthaber statt [a], und wenn auch dieser Rechtsatz in Ansehung der Hauskinder später sehr beschränkt worden ist, so blieb doch im neuesten Rechte die Regel anerkannt [b], daß durch dieselben, indem

[m] L. 179. D. de R. J. [n] L. 85. pr. eod. [o] L. 12. eod. [p] L. 34. D. de neg. gest. 3. 5. cf. L. 11. §. 2. D. de instit. act. 14. 3.

[a] Inst. per quas personas nobis acquiritur. 2. 9. per quas pers. nob. obl. acquir. 3. 28. cf. Gai. II. 86...96. III. 163...167. [b] L. 38. §. 17. L 45. pr. D. de V. O. 45. 1. §. 4. J. de inutil. stip. 3. 19. §. 1. J. h. t. 2. 9.

sie als Stellvertreter für den Vater handeln, diesem unmittelbar erworben werden könne; 2) in vermögensrechtlichen Geschäften, sofern sie Recht [c] oder Verpflichtung [d] begründen, ist nach neuerem und zumal nach heutigem Recht auch sonst eine Stellvertretung mit unmittelbarer oder wenigstens mittelbarer Wirkung für denjenigen, an dessen Statt (als dessen Repräsentant) der Stellvertreter handelt, in so ausgedehntem Umfange zugelassen, daß deren rechtliche Möglichkeit als das Regelmäßige bezeichnet werden kann [3].

Anm. [1] Ueber den Begriff der Stellvertretung vgl. Brinz krit. Blätter Nr. 2. S. 4. „Stellvertretung ist Vollführung fremder Geschäfte, nicht nur der Wirkung, sondern auch dem Willen nach.“ Scheurl in d. krit. Ueberschau I. S. 320. „Vornahme einer juristischen Handlung, welche an sich einem Andern zukommt, mit der Absicht, die derselben eigenthümlichen Wirkungen für den Andern so hervorzubringen, als ob dieser selbst Urheber der Handlung wäre.“ Ihering in d. Jahrb. f. Dogmatik d. Privatrechts I. S. 274. „Abschluß des Geschäfts anstatt und im Namen des Principals.“ Unger II. §. 90. S. 133. „Die Vornahme einer juristischen Handlung anstatt eines Andern, in der Absicht und mit der Wirkung, daß diese Handlung als die Handlung der vertretenen Person gilt.“ Die beiden letzten Schriftsteller, mit denen auch Scheurl in den Jahrb. f. Dogm. II. S. 19. fg. übereinstimmt, nehmen in den Begriff der Stellvertretung als wesentliches Merkmal auf, „daß das durch den Stellvertreter abgeschlossene Geschäft auf den Namen des Principals gestellt wird, die Richtung desselben auf den Principal hier also ein objektives, äußerlich hervortretendes Moment des Geschäfts selbst bildet“ (Ihering S. 312.). Von dem Stellvertreter unterscheiden sie denjenigen, welcher zwar anstatt des Principals, aber ohne Abschluß des Geschäfts auf dessen Namen, handelt, als Ersatzmann (Ihering), oder Zwischenperson (Scheurl, Unger), während Siegel (nach Ihering S. 350.) dafür den Ausdruck „stiller Stellvertreter“ vorgeschlagen hat. Diese letzte Bezeichnung scheint mir die passendste; denn wenn auch die Eigenschaft des Stellvertreters nach einer Seite hin nicht geltend gemacht werden kann, weil sie nicht kund gegeben worden, so kann sie doch in Beziehung auf denjenigen, an dessen Statt wirklich die Handlung vorgenommen wurde, sich wirksam erweisen; die beiden ersten Ausdrücke aber sprechen so wenig wie „Mittelsperson“ einen Gegensatz von „Stellvertreter“ aus. Ihering a. a. O. II. S. 75. Unger §. 90. Anm. 23. Von der Stellvertretung in Abschließung eines Rechtsgeschäfts verschieden ist übrigens der Fall a) wenn Jemand nur factisch, als Gehülfe, bei dem Rechtsgeschäft eines Andern mitwirkt, insbesondere nur als Werkzeug der Willenserklärung eines Andern dient (der Bote, nuntius); er könnte höchstens ein Stellvertreter in Ansehung der

[c] §. 5. J. h. t. 2. 9. Gai. II. 95. L. 53. D. de acquir. dom. 41. 1. cf. L. 13. 20. §. 2. D. ibid. L. 1. Cod. per quas person. nob. acquir. 4. 27. L. 6. 9. Cod. si quis alteri vel sibi sub alterius nomine emerit. 4. 50. L. 11. D. de O. et A. 44. 7. L. 73. §. 4. D. de R. J. [d] Inst. quod cum eo qui in aliena potestate est negotium gestum esse dicatur. 4. 7. cf. L. 6. §. 1. D. de negot. gest. 3. 5. L. 19. pr. 20. D. de instit. act. 14. 3.

Willenserklärung, nicht in Ansehung der Vornahme des Geschäfts, genannt werden; doch kann sich damit wohl noch eine Stellvertretung in anderer Beziehung verbinden, z. B. in Beziehung auf Entgegennahme der entsprechenden Willenserklärung des andern Contrahenten, ohne alle Willensmitwirkung (§. 231. Anm. 3.); b) wenn Jemand zwar juristisch bei dem Rechtsgeschäft des Andern mitwirkt, aber nur neben diesem, dem eigentlichen Subject desselben, als Theilnehmer (vgl. §. 64. Nr. 1. u. Anm. 3.). Diese Unterschiede sind gründlich beleuchtet von Ihering in d. Jahrb. I. 7., vgl. Scheurl das. II. 1. und wiederum Ihering II. 3.

2 Im letzten Fall hat man die Stellvertretung eine mittelbare, indirecte oder unvollkommene genannt, im ersten Fall unmittelbare oder vollkommene (Brinz S. 7. Scheurl in d. krit. Ueberschau S. 320.). Dagegen nimmt Unger eben dieses, daß die Handlung des Einen vollkommen als Handlung des Andern gelte und wirke, in den Begriff der Stellvertretung auf, und so ist ihm „mittelbare Stellvertretung" eine contradictio in adiecto (§. 90. Anm. 22.). Dies scheint mir ungegründet. Wenn nach römischem Recht Jemand im Namen eines Andern (alieno nomine, procuratorio nomine) einen Contract abschloß (und das war selbst bezüglich einer Stipulation möglich: L. 27. in cf. L. 28. D. de procurat. 3. 2.) oder einen Proceß führte, so konnte man ihn gewiß füglich einen Stellvertreter des Andern nennen, wenn gleich man anerkennen muß, daß die Wirkung für diesen nur mittelbar, nicht, wie bei der Stipulation des Sklaven für den Herrn, unmittelbar eintrat, und der Contract direct auf den Namen des Andern nicht abgeschlossen werden konnte.

3 Vgl. überhaupt Savigny III. §. 113. Obligationenrecht II. §. 53...60. Buchka, d. L. von der Stellvertretung bei Eingehung von Verträgen, Rostock 1852., mit Brinz und Scheurl a. a. O. Eine neue Ausführung der Lehre ist noch zu erwarten von Ihering, in der Fortsetzung des angeführten Aufsatzes.

§. 77.

Die Stellvertretung kann begründet seyn 1) in einem Gewaltverhältniß (§. 76 not. b.); 2) in der Verfassung einer juristischen Person, durch welche die Repräsentation dieses Rechtssubjects im rechtlichen Verkehr festgesetzt ist (§. 43.); 3) in einem von der öffentlichen Gewalt ausgehenden Auftrag oder Amt, z. B. Vormundschaft; 4) in einem von dem Willen des Repräsentirten selbst ausgegangenen Auftrag (Mandat, Vollmacht). Im letzten Fall heißt der Stellvertreter Procurator, der Repräsentirte Dominus, sc. negotii, Principal [a]. Der Umfang der Befugnisse eines solchen Bevollmächtigten und folgeweise auch der Wirkung seiner Handlungen für den Dominus bestimmt sich durch den erklärten Willen des letzten, d. i. durch den Umfang der Vollmacht, welche eine allgemeine (generelle) oder besondere (specielle) seyn kann; daher

a Dig. de procuratoribus 3. 3. Cod. 2. 13.

procurator generalis oder specialis; und zwar generell rücksichtlich einer ganzen mehr oder minder umfassenden Classe von Geschäften oder rücksichtlich eines bestimmten Geschäfts, zu dessen Ausführung wieder verschiedene einzelne Handlungen erforderlich sind, so daß jener Gegensatz nur relative Bedeutung hat. Ein procurator omnium bonorum kann blos zur Erhaltung der Güter (custodia) bestellt seyn oder auch zur Verwaltung (administratio), worin zugleich die Befugniß zur Veräußerung, nicht zur Schenkung [b] liegt, und zwar beschränkt oder unbeschränkt (libera administratio), was ihn jedoch immer noch nicht von der Rücksicht auf den vermuthlichen Willen des Dominus entbindet [c]. Uebrigens kann 5) auch ohne Auftrag Jemand als Stellvertreter (negotiorum gestor) mit verpflichtender Wirkung für einen Andern handeln, insofern er dessen wahres Interesse in Acht nimmt [d].

§. 78.

Der ursprüngliche Mangel der Befugniß zur Stellvertretung eines Andern (§. 77.) kann dadurch ersetzt werden, daß dieser nachträglich seine Zustimmung zu dem in seinem Namen vorgenommenen Rechtsgeschäfte erklärt. Dies ist Genehmigung, ratihabitio. Dadurch wird das Rechtsgeschäft für ihn ebenso wirksam, als ob es ursprünglich mit seinem Willen so abgeschlossen wäre [a], jedoch ohne Beeinträchtigung wohlerworbener Rechte dritter Personen [b], und ohne Umwandlung des ohnedem bestehenden Rechtsverhältnisses des Stellvertreters zu dem Genehmigenden [c].

Die rückwirkende Kraft der nachträglichen Zustimmung (Genehmigung) tritt, wo nicht ein anderer Wille sich kundgibt, auch sonst in solchen Fällen ein, wo zur Gültigkeit oder vollen Wirksamkeit einer juristischen Handlung nur noch die Einwilligung eines Andern fehlte, wenn diese später hinzutritt unter Umständen, unter welchen jene noch gültig vorgenommen werden könnte [d]: ebenso auch dann, wenn Jemand ein von ihm selbst vorgenommenes Rechtsgeschäft, welches er aber aus irgend einem Grunde anfechten konnte,

[b] L. 7. pr. D. de donat. 39. 5. [c] L. 58 ... 60. 63. D. h. t. 3. 3. L. 17. §. 3. D. de iureiur. 12. 2. L. 11. §. 7. L. 12. D. de pign. act. 13. 7. cf. cap. 4. de procurat. in 6to 1. 19. [d] Dig. de negot. gest. 3. 5. cf. Dig. de procur. et defensoribus 3. 3.

[a] L. 60. cf. L. 152. §. 2. D. de R. J. L. 56. D. de iud. 5. 1. L. 71. §. 1. 2. D. de solut. 46. 3. cap. 10. de R. J. in 6to. [b] arg. L. 16. §. 1. in f. D. de pign. 20. 1. [c] L. 9. D. de neg. gest. 3. 5. [d] L. 7. Cod. ad Sc. Maced. 4. 28. L. 24. pr. D. ratam rem haberi et de ratihabitione. 46. 8. L. 16. §. 1. cit.

nach Beseitigung des die Anfechtbarkeit begründenden Umstandes bestätigt, was ebenfalls Ratihabition genannt wird [e]. Wenn dagegen der Gültigkeit eines Rechtsgeschäfts ein Hinderniß im Wege stand, das man nicht durch seinen Willen zu beseitigen vermochte, so kann auch die nach Beseitigung dieses Hindernisses erklärte Anerkennung nicht rückwirkende Kraft haben [f].

Anm. L. 12. in f. D. de solut. 46. 3. Ratihabitio mandato comparatur. L. 25. Cod. 5. 16. „ratihabitiones negotiorum ad illa reduci tempora oportet, in quibus contracta sunt." L. 7. Cod. 4. 28. Necesse est enim patris ratihabitionem vel principali mandato patris vel consensui non esse absimilem, quum nostra novella lege generaliter omnis ratihabitio prorsus retrotrahitur et confirmat ea, quae ab initio subsecuta sunt. — L. 16. §. 1. D. 20. 1. Si nesciente domino res eius hypothecae data sit, deinde postea dominus ratum habuerit, dicendum est, hoc ipsum *(hoc ipso?)* quod ratum habet, voluisse eum retrorecurrere ratihabitionem (Hal. om. *ratihabitionem)* ad illud tempus, quo convenit. Voluntas autem fere eorum demum servabitur, qui et pignori dare possunt. — L. 9. D. 3. 5. — Scaevola: imo puto, etsi comprobem, adhuc negotiorum gestorum actionem esse; . . . . nam utiquae mandatum non est; erit igitur et post ratihabitionem negotiorum gestorum actio. — Puchta §. 51. not. c. §. 53. not. i. Böcking Inst. §. 116. *n...t.* Unger II. §. 92.

§. 79.

7) Von der Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte [1].

Nichtig heißt ein Rechtsgeschäft, welches nur dem Scheine nach besteht, juristisch aber schlechthin (ipso iure) als nicht bestehend angesehen wird (nullum negotium). Anfechtbar (rescissibel) heißt ein Rechtsgeschäft, welches zwar an sich besteht, seiner Wirkung nach aber von einer Person kraft eines ihr zustehenden Rechts als ungültig angegriffen werden kann, es sey durch eine gerichtliche Handlung, z. B. Klage, Einrede, Begehren der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, oder auch durch eine außergerichtliche Erklärung, welches daher als bestehend gilt, wenn und so lange jene nicht von dieser Befugniß Gebrauch macht [2]. Die Folge der wirklich geschehenen Anfechtung kann aber seyn, daß das Rechtsgeschäft nunmehr schlechthin nichtig oder daß es nur in seiner Wirkung vereitelt wird. Die Nichtigkeit wie die Anfechtbarkeit eines Rechtsgeschäfts kann nicht nur von Anfang an vorhanden seyn, sondern

[e] L. 25. Cod. de donat. int. v. et u. 5. 16. cf. L. 1. Cod. si major factus ratum habuerit. 2. 46. [f] L. 27. L. 65. §. 1. D. de ritu nupt. 23. 2. L. 4. §. 6. D. de off. procons. 1. 16.

auch später erst eintreten. Von Anfang nichtig ist ein Rechtsgeschäft, wenn es ihm an einem wesentlichen Erforderniß seiner Entstehung mangelt, oder wenn es einem gesetzlichen Verbot widerstreitet, wo nicht das Gesetz mit der Uebertretung seines Verbotes ausdrücklich eine andere die Nichtigkeit ausschließende Folge verbindet [3]. Die Gründe, aus denen ein anfangs gültiges Rechtsgeschäft später ungültig wird (Infirmation, Rescission) sind verschieden nach Verschiedenheit der Rechtsgeschäfte; eine durchgreifende allgemeine Regel läßt sich darüber nicht aufstellen [4].

Ein anfangs ungültiges Rechtsgeschäft kann andererseits späterhin gültig werden durch Beseitigung der Gründe seiner Ungültigkeit (Convalescenz); dies tritt jedoch so wenig in allen Fällen ein, daß vielmehr für nichtige Rechtsgeschäfte das Gegentheil als Regel ausgesprochen wird [5].

Verschieden von der Convalescenz ist die sogenannte Conversion (Umwandlung) eines ungültigen Rechtsgeschäfts, welches darin besteht, daß dasselbe als ein Rechtsgeschäft anderer Art behandelt und aufrecht erhalten wird, wozu natürlich das Daseyn aller gesetzlichen Erfordernisse dieses andern Rechtsgeschäfts vorausgesetzt wird [6].

Uebrigens kann ein Rechtsgeschäft auch blos theilweise ungültig seyn oder werden, unter Aufrechthaltung der gültigen Bestandtheile [7].

Anm. [1] Vgl. überhaupt Savigny §. 202. 203. IV. S. 536...560. Seuffert §. 82...85. Sint. §. 24. II. Puchta §. 67. und Vorlesungen zu diesem §. S. 150...154. Unger II. §. 91.

[2] Puchta §. 67. not. c. „Es wäre denkbar, daß auch bei der Nullität eine Erklärung irgend einer Art von Seiten einer Person, die sie geltend machen will, und ein richterlicher Ausspruch gefordert würde, um den äußern Schein eines Geschäfts aufzuheben und künftiger Ungewißheit zu entgehen, z. B. eine querela nullitatis und darauf folgende richterliche Nullitätserklärung. Dem römischen Recht ist dies fremd, im heutigen kommt es vor, aber nur in wenigen Fällen, bei der Ehe und im Proceß." Vgl. Zachariä französ. Civilrt. §. 37. Ueber die sog. querela nullitatis vgl. Savigny S. 539 fg.; über absolute und sog. relative oder respective (Puchta „bedingte") Nichtigkeit: Brandis in Linde's Ztschr. VII. 4. 5. Sint. a. a. O. not. 17. Vgl. auch Arndts Pflichttheils- und Notherbenrecht im Rtslex. VIII. S. 106...116. Unger §. 90. Nr. IV. V.

[3] L. 5. Cod. de legib. 1. 14. (Theod. et Valent.) . . . . Nullum enim pactum, nullam conventionem, nullum contractum inter eos videri volumus subsecutum, qui contrahunt lege contrahere prohibente. Quod

ad omnes etiam legum interpretationes tam veteres quam novellas trahi generaliter imperamus, ut legislatori quae fieri non vult tantum prohibuisse sufficiat, ceteraque quasi expressa ex legis liceat voluntate colligere, hoc est ut ea, quae lege fieri prohibentur, si fuerint facta, non solum inutilia, sed pro infectis etiam habeantur, licet legislator fieri prohibuerit tantum, nec specialiter dixerit, inutile esse debere quod factum est. cf. Nov. Theod. tit. VIII. In früherer Zeit galt dieser Grundsatz nicht, indem man unterschied zwischen leges perfectae, minus quam perfectae und imperfectae. Ulp. fragm. §. 1. Der offenen Uebertretung steht übrigens die Umgehung des Verbotes (quod in fraudem legis fit) gleich. L. 29. 30. D. de legib. 1. 3. Savigny S. 549 ... 552.

4 L. 98. pr. D. de V. O. 45. 1. Maxime secundum illorum opinionem, qui etiam ea, quae recte constiterunt, resolvi putant, quum in eum casum reciderunt, a quo non potuissent consistere. L. 140. §. 2. ibid. Etsi placeat extinguere obligationem, si in eum casum inciderit, a quo incipere non potest, non tamen hoc in omnibus verum est. L. 3. §. 2. D. de his quae pro non script. hab. 34. 8. Quae in eam causam inciderunt, a qua incipere non poterant, pro non scriptis habentur. L. 85. §. 1. D. de R. J. Non est novum, ut quae semel utiliter constituta sunt, durent, licet ille casus extiterit, a quo initium capere non potuerunt.

5 L. 29. D. de R. J. Quod initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere. cf. L. 201. 210. ibid. — Convalescenz durch Bestätigung des Regenten? L. 38. D. de adopt. 1. 7. Seuffert §. 84. a. E.

6 Ein Hauptfall ist die Erhaltung eines Testaments als Codicill vermöge der Codicillarklausel. L. 1. D. de iure cod. 29. 7. L. 8. Cod. de codicill. 6. 36. cf. L. 5. pr. D. de rescind. vend. 18. 5. L. 8. pr. D. de accept. 46. 4. L. 2. 1. §. 4. D. de const. pec. 13. 5. — Römer, zur Lehre von der Conversion der Rechtsgeschäfte überhaupt und ihrer besondern Anwendung auf das Wechselversprechen, im civ. Arch. XXXVI. 4. Unger, die Inhaberpapiere. S. 91. fg.

7 Cap. 37. de R. J. in 6to 5. 12. Utile non debet per inutile vitiari. cf. L. 1. § 5. De de V. O. 45. 1. Aber vgl. L. 178. D. de R. J. Cum principalis causa non consistat, plerumque ne ea quidem, quae sequuntur, locum habent.

8) Insbesondere von Schenkungen [1].

§. 80.

a) Begriff.

Schenkung, donatio [a], heißt im weitern Sinn jede unentgeltliche Zuwendung eines vermögensrechtlichen Vortheils [b], welche

[a] Inst. de donationibus. 2. 7. Dig. de donationibus. 39. 5. Cod. 8. 54. cf. Theod. Cod. VIII. 12. Pauli sentt. V. 11. Fragm. Vat. §. 248...316. [b] L. 9. pr. 23. pr. D. h. t. L. 18. D. de donat. int. v. et u. 24. 1. L. 5. §. 13. 14. 16. eod. cf. L. 36. D. de legat II.

Jemand einem Andern aus freiem Willen, lediglich um demselben eine Gunst zu erweisen, ohne rechtliche Verbindlichkeit [c] gewährt, in engerem Sinn insbesondere ein Rechtsgeschäft solcher Art, wodurch der eine mittelst Minderung eigenen Vermögens [d] in jener Absicht (animo donandi [e]) dem Andern eine Vermögensbereicherung [f] zuwendet [2], welche dieser auch in entsprechender Willensmeinung [g] annimmt [3]. Der erste heißt Schenker, Schenkgeber, Donator, der andere der Beschenkte, Schenknehmer, Donatar. Das Recht stellt in Ansehung der Rechtsgeschäfte, bei welchen jene Merkmale zusammentreffen, verschiedene besondere Bestimmungen auf, theils rücksichtlich ihrer Erforderniße, theils rücksichtlich ihrer Wirkung, wegen deren dieselben eine besondere Beachtung in Anspruch nehmen [4]. Es können aber durch Schenkung in allen Arten von Vermögensrechten Veränderungen bewirkt werden (dando [h], promittendo oder obligando [i], liberando [k]); sie bezieht sich auf keine Classe von Vermögensrechten ausschließlich, und steht mit keinem Rechtsinstitut in besonderem engerem Zusammenhange; daher findet sie ihre Stelle in der allgemeinen Lehre von den Rechtsgeschäften [5]. Die Schenkung ist entweder Schenkung unter Lebenden (donatio inter vivos) oder Schenkung auf den Todesfall (mortis causa donatio [l]). Die letzte ist eine Schenkung, deren Vollendung vom Tode des Schenkers abhängig gemacht wird, so daß sie nicht zu Stande kommt oder wieder rückgängig wird, wenn der Schenker den Beschenkten überlebt; wegen ihrer Verwandtschaft mit den Vermächtnissen wird diese Art der Schenkung im Erbrecht (§. 589. bis 590.) näher erörtert werden. Schenkung unter Lebenden ist jede andere Schenkung, welche nicht in bezeichneter Weise von dem Tode des Schenkers abhängig gemacht ist, wenn gleich ihr

[c] L. 29. pr. D. h. t. cf. L. 1. pr. eod. L. 18. D. de adim. legat. 34. 4. [d] L. 3. D. pro donato. 41. 6. L. 31. §. 6. 7. D. de donat. int. v. et u. 24. 1. cf. L. 6. §. 2. .5. L. 18. D. quae in fraud. 42. 8. L. 1. §. 6...8. D. si quid in fraud. patr. 38. 5. [e] L. 1. 18. D. h. t. L. 5. §. 5. L. 31. § 3. D. de donat. int. v. et. u. 24. 1. cf. L. 19. §. 1. 4...6. D. h. t. [f] L. 5. §. 8. D. de donat. int. v. et. u. 24. 1. L. 1. §. 19. D. si quid in fraud. patr. 38. 5. L. 18. D. quae in fraud. 42. 8. L. 9. 19. §. 4. D. h. t. [g] L. 19. §. 2. D. h. t. L. 18. D. de reb. cred. 12. 1. L. 36. D. de acquir. dom. 41. 1. [h] §. 40. J. de rer. div. 2. 1. L. 4. 6. 9. 10. 27. D. h. t. L. 12. §. 2. L. 38. 40. D. de usufr. 7. 1. [i] §. 2. J. h. t. L. 35. § 5. Cod. h. t. L. 12. 22. 33. pr. D. h. t. cf. L. 12. D. de novat. 46. 2. L. 1. §. 7. D. si quid in fraud. 38. 5. — L. 2. §. 1. L. 21. §. 1. L. 33. §. 3. D. h. t. L. 2. 3. 11. Cod. h. t. — L. 31. §. 3. L. 34. pr. D. h. t. [k] L. 17. 21. pr. L. 33. §. 3. D. h. t. L. 1. D. de transact. 2. 15. — L. 7. §. 7. L. 50. pr. D. de donat. int. v. et u. 24. 1. L. 12. Cod de neg. gest. 2. 19. [l] pr. §. 1. J. h. t. Dig. de mortis causa donationibus. 39. 6. Cod. 8. 57.

(suspensiv oder resolutiv) eine Bedingung beigefügt seyn mag, die erst nach dem Tode des Schenkers erfüllt werden könnte [m]. Nur von diesen Schenkungen ist in den folgenden §§. weiter die Rede.

Anm. [1] Vgl. überhaupt: Meyerfeld die Lehre von den Schenkungen nach R. Rt. Bd. I. Marburg 1835. Bd. II. Abtheil. 1. 1837. Savigny System §. 142...176. Bd. IV. S. 1...297.; insbesondere über Schenkungen unter Ehegatten S. 165...194., über Schenkung auf den Todesfall S. 239...280.; über die Geschichte dieser Lehre: Puchta Cursus der Institutionen II. §. 205. 206., auch Schilling Inst. u. Gesch. des R. R. III. §. 348...364.; in Rücksicht auf österr. Recht: Unger II. §. 95...99.

[2] Vgl. die Gegensätze in L. 65. §. 4. D. ad Sc. Trebell. 36. 1.... Si iussu meo traduntur, cui ego .... eas praestare debuerim vel in creditum ire vel donare voluerim; L. 49. D. de solut. 46. 3..... Si iussu eius alii solvitur vel creditori eius vel futuro debitori vel etiam ei, cui donaturus erat. Meyerfeld I. S. 26. Man will nach diesen Stellen nur eine dreifache Absicht (causa, animus) unterscheiden, welche einer gewollten Vermögensänderung zum Grunde liegen könne und so zugleich den juristischen Charakter des betreffenden Rechtsgeschäfts näher bestimme, den animus solvendi, credendi und donandi. Allein dann „muß der animus credendi so allgemein gefaßt werden, daß er alle Bestimmtheit verliert und ganz zerfließt." Windscheid v. d. Voraussetzung S. 89. fg. Es kann z. B. auch conditionis implendae oder dotis constituendae oder transactionis causa eine solche Vermögensänderung vorgenommen werden, die nur gezwungener Weise unter den Begriff des credendi causa zu stellen wäre. Vgl. Unger II. S. 195. Anm. 25.

[3] Ueber die Frage, ob zu dem Wesen der Schenkung Annahme von Seiten des Beschenkten (Acceptation) erforderlich sey? vgl. L. 10. D. h. t. Absenti, sive mittas qui ferat, sive quod ipse habeat sibi habere eum iubeas, donari recte potest; sed si nescit, rem, quae apud se est, sibi esse donatam, vel missam sibi non acceperit, donatae rei dominus non fit, etiamsi per servum eius, cui donabatur, missa fuerit; nisi ea mente servo eius data fuerit, ut statim eius fiat. L. 8. in f. D. de novat. 46. 2. „... liberat autem me is, qui quod debeo promittit, etiamsi nolim." L. 23. D. de solut. 46. 3. Solutione et iudicium pro nobis accipiendo et inviti et ignorantes liberari possumus. L. 91. ibid. „... debitorem tuum etiam praesentem etiam invitum liberare ita poteris, supponendo a quo debitum novandi causa stipuleris." L. 50. pr. D. de donat. int. v. et u. 24. 1. „... quaeritur enim, an mulier ex viri patrimonio locupletior sit .... facta autem intelligitur, quae aere alieno suo interventu viri liberata est." Meyerfeld I. S. 37. fgg. Savigny S. 145. fgg. Dagegen L. 19. §. 2. D. h. t. Non potest liberalitas nolenti acquiri. L. 16. Cod. de iure delib. 6. 30. cf. Cic. Top. cap. 8. „neque donationem sine acceptione intelligi posse." Puchta a. a. O. §. 205. not. p. Böcking Inst. I. §. 106. Anm. 12. Unger §. 95. Anm. 26...31.

[m] L. 27. 35. §. 2. D. de m. c. donat. 39. 6.

[4] Ohne diesen Umstand würde die Schenkung gar nicht Gegenstand einer besondern Lehre seyn, sondern nur die Absicht zu schenken als mögliche Triebfeder eines Rechtsgeschäfts, im Gegensatz gegen andre causae, in Betracht kommen, und zwar als diejenige, die bei ernstlich gewollter Gewährung eines Vermögensvortheils in Ermangelung einer andern causa immer vorausgesetzt werden kann. Bähr, die Anerkennung als Verpflichtungsgrund §. 3. 9.

[5] Früher war es üblich, die Lehre von der Schenkung in der Lehre vom Eigenthum einzuschieben, nach dem Beispiel der Institutionen, dann in der Lehre von den Obligationen, z. B. Heise, Mühlenbruch, Göschen, Seuffert u. a. Aber sowohl Schenkungsversprechen als schenkungsweise Uebertragung des Eigenthums sind nur einzelne Fälle der Schenkung. Die richtige Stellung hat dieser Lehre zuerst Puchta gegeben, Lehrb. der Institut. S. 29. System §. 68., nach ihm Vang. §. 121. Savigny a. a. O. Sint. §. 23. u. a. Daß diese am allerwenigsten zu billigen sey (Dankwardt, Nationalökonomie und Jurisprudenz III. S. 49.), vermag ich vom Standpunkt der bisherigen Systeme nicht einzusehen, und scheint mir der genannte Verf. durch seine eigene Bemerkung selbst zu widerlegen. Wenn aber „alle bisherigen Systeme falsch sind", so kann freilich obige Stellung nicht die richtige seyn. Uebrigens gibt es noch andere Rechtsgeschäfte, die mit der Schenkung das gemein haben, daß die verschiedenartigsten Vermögensänderungen ihren Inhalt ausmachen können, z. B. die Bestellung einer Dos, der Vergleich; vgl. §. 269. 395. fg., Böcking Pand. I. §. 95. fg.

§. 81.

b) Erfordernisse der Schenkung unter Lebenden.

Die Schenkung wird vollzogen durch die juristische Handlung, welche die in der Absicht zu schenken erzielte Bereicherung des Schenknehmers bewirkt, verschieden nach Verschiedenheit des Gegenstandes der Schenkung [a]; wobei nur das Besondere zu bemerken ist, daß das Schenkungsversprechen schon nach römischem Recht auch ohne Stipulation wirksam ist [b]. Vorausgesetzt wird aber die Befugniß des Schenkenden zu unentgeltlicher Veräußerung [c], welche selbst in dem Recht freier Verwaltung fremden Gutes nicht enthalten ist [d]. Auch ist kraft besondern Rechtssatzes ungültig die Schenkung unter Ehegatten, worüber das Nähere in der Lehre von der Ehe [e]. Eine Schenkung aber, deren Summe oder Werthbetrag zur Zeit der Schenkung, also ohne Zurechnung der davon später gewonnenen Früchte [f], die Summe von 500 Solidi über=

[a] L. 10. 21. pr. 34. pr. D. h. t. cf. §. 80. Anm. 3. — L. 6. 28. Cod. h. t. [b] L. 35. §. 5. Cod. h. t. (Just.) §. 2. J. h. t. [c] L. 33. §. 2. D. h. t. L. 16. Cod. h. t. [d] L. 7. D. h. t. L. 28. §. 2. D. de pactis. 2. 14. L. 22. 46. §. 7. D. de adm. tut. 26. 7. [e] Dig. de donat. int. v. et. u. 24. 1. Cod. 5. 16. [f] L. 9. §. 1. L. 11. D. h. t.

steigt, bedarf zudem gerichtlicher Verlautbarung [g], Insinuation; widrigenfalls ist sie, soweit sie jenen Betrag überschreitet [h], nichtig [2]. Diese Vorschrift findet jedoch keine Anwendung auf mehrere nicht gleichzeitige Schenkungen von geringerem Betrage [i], unter denselben Personen [3], wenn nicht eine Umgehung des Gesetzes dadurch beabsichtigt ist [k], auch nicht auf die Schenkung einer nicht schon für ein Jahr das gesetzliche Maß übersteigenden Rente [l], während das Versprechen einer bestimmten Reihe jährlicher Leistungen, deren Gesammtbetrag die gesetzliche Summe übersteigt [m], desgleichen das Versprechen einer jeden Rente, aus welchem Recht und Verpflichtung auf die beiderseitigen Erben übergehen, oder welches auch nur auf eine bestimmte Zeit über die Lebenszeit des Schenkers oder Schenknehmers hinaus fortwirken soll [n], allerdings der erwähnten Rechtsvorschrift unterliegt [4]. Ausgenommen von dieser Vorschrift sind außerdem a) Schenkungen des Regenten oder an denselben [o]. b) Schenkungen beweglicher Sachen der Kriegsobersten (magistri militum) an die Soldaten [p] (jetzt unpraktisch), c) Schenkungen zum Wiederaufbau zerstörter Gebäude [q], d) Bestellung einer Dos, sofern darin eine Schenkung für die Frau liegt [r], e) Schenkungen zum Loskauf von Gefangenen [s], nicht aber, wie einige angenommen haben [5], überhaupt Schenkungen zu milden Zwecken, ad pias causas [t].

Anm. [1] Ueber die Geschichte dieses Rechtssatzes und dessen historischen Zusammenhang mit der lex Cincia vgl. Fragm. Vat. §. 248. sqq. Puchta Cursus der Institut. §. 206. Savigny IV. S. 194. fg. — Der Solidus ist in der Praxis gleichgeschätzt einem ungarischen Ducaten ursprünglichen Gepräges = $2\,^{1}/_{3}$ Rthlr. oder 4 Gulden im Zwanzigguldenfuß = $2\,^{4}/_{5}$ Rthlr. preuß. Cour., also 500 Solidi = 2000 Gulden im Zwanzigguldenfuß oder 2400 Gulden im Vierundzwanzigguldenfuß = 1400 Rthlr. preuß Cour. Der eigentliche Werth des Solidus war höher. Vgl. Ztschr. für gesch. Rtsw. VI. S. 391. XII. S. 9. — Ueber Ermittelung des Werthes der Schenkung Savigny S. 211 . . . 216.

[2] Folgen der Nichtigkeit: a) L. 34. §. 2. Cod. h. t. „. . . electionem damus ei, qui ampliorem summam in re donata habuerit, reliquam aestimationis quantitatem offerre ei, qui minorem causam habuit, et totum

[g] L. 36. § 3. cf. L. 27. L. 30 . . . 35. Cod. h. t. — §. 2. J. h. t. [h] L. 34. pr. L. 35. §. 3. in f. Cod. h. t. [i] L. 34. §. 3. Cod. h. t. [k] arg. L. 29. 30. D. de legib. 1. 3. [l] L. 34. § 4. Cod. h. t. [m] arg. L 35. §. 7. D. de m. c. donat. 39. 6. L. 16. §. 1. D. de V. O. 45. 1. [n] L. 34. §. 4. in f. Cod. h. t. [o] L. 34. pr. Cod. h. t. nov. 52. cap. 2. [p] L. 36. §. 1. Cod. h. t. [q] L. 36. §. 2. Cod. h. t. [r] L. 31. pr. Cod. de iure dot. 5. 12. cf. nov. 119. cap. 1. nov. 127. cap. 2. [s] L. 34. pr. L. 36. pr. Cod. h. t. [t] L. 34. pr. in f. Cod. h. t. cf. L. 35. §. 5. L. 36. pr. ibid. L. 19. Cod. de ss. eccles. 1. 2.

possidere. Sin autem hoc minime facere maluerit, tunc omnimodo res dividi secundum quantitatem utrique parti competentem, si res dividi sine suo periculo possibilis est. Sin autem in huiusmodi casibus, in quibus partitio utiliter celebrari minime potest, amplioris summae dominus noluerit aestimationem offerre, tunc licebit etiam ei, qui minoris summae habet potestatem, offerre pretium et totum sibi vindicare. b) L. 21. D. h. t. Ut mihi donares, creditori meo delegante me promisisti: factum valet, ille enim suum recepit. §. 1. Sed si debitorem meum tibi donationis immodicae causa promittere iussi, an summoveris donationis exceptione necne tractabitur. Et meus quidem debitor exceptione te agentem repellere non potest, quia perinde sum, quasi exactam a debitore meo summam tibi donaverim et tu illam ei credideris. Sed ego si quidem pecuniae a debitore meo nondum solutae sunt, habeo adversus debitorem meum rescissoriam in id, quod supra legis modum tibi promisit, ita ut in reliquum tantummodo tibi maneat obligatus; sin autem pecunias a debitore meo exegisti, in hoc, quod modum legis excedit, habeo contra te condictionem. L. 24. D. ibid. Fideiussori eius, qui donationis causa pecuniam supra modum legis promisit, exceptio dari debet etiam invito reo, ne, si forte reus solvendo non fuerit, pecuniam fideiussor amittat. cf. Fragm. Vat. §. 266. 267. 310. L. 5. §. 3. 4. L. 39. 52. §. 1. D. de donat. int. v. et u. 24. 1. Savigny IV. S. 587. fg. Schilling a. a. O. §. 360. Anm. dd. fg.

3 Eben so wenig auf eine gleichzeitige, nur im Ganzen übermäßige Schenkung an mehrere Personen: Seuffert's Arch. I. 342.

4 L. 34. §. 4. Cod. h. t. (not. n.) erklärt die Schenkung der Rente ausdrücklich für bedürftig der Insinuation (omnimodo acta exposcere): „si etiam heredum ex utraque parte fuerit mentio vel adiiciatur tempus vitae vel donatoris vel eius qui donationem accipiet." Ueber die Erklärung des letzten Zusatzes und dazu versuchte Textverbesserungen *nec* oder *vel non adiiciatur:* Cuiac. obs. XV. 22.; *tempus vitae heredum vel don.:* Savigny) vgl. Savigny S. 214. Vang. §. 122. Die richtige Erklärung hat jetzt Briegleb gegeben im civ. Arch. XXXVIII. 6., indem er das Wort *vitae* nicht als Genitiv, regiert von *tempus*, sondern als Dativ, regiert von *adiiciatur*, auffaßt.

5 Mit Unrecht wird zu diesen selbst der Vf. dieses Lehrb. gezählt von Buchholtz in Linde's Ztschr. n. F. XI. 4., der übrigens die Unrichtigkeit der fraglichen Behauptung unwiderleglich darthut, mit denselben Argumenten, welche sein vermeintlicher Gegner schon in der ersten Aufl. bei den Allegaten in nota t. in petto hatte.

§. 82.

c) Wirkung der Schenkung.

Die Wirkung der Schenkung bestimmt sich näher durch ihren Inhalt. Eine Universalsuccession kann dadurch nicht begründet werden, wenn sie auch, was allerdings möglich ist, ein ganzes

Vermögen [1] oder einen aliquoten Theil desselben zum Gegenstande hat [a]. Die gültig vollzogene Schenkung ist in der Regel unwiderruflich [b]. Doch ist der Widerruf gestattet wegen Undanks des Beschenkten [c]; der Schenker, nicht auch dessen Erbe, hat deshalb eine persönliche Klage gegen den Beschenkten, nicht mehr gegen dessen Erben [2]; sodann wegen nachgeborner Kinder [d], wenn nach dem Gegenstande der Schenkung anzunehmen ist, daß der damals kinderlose Schenker in Voraussicht jenes Ereignisses dieselbe gewiß nicht gemacht haben würde [3]. Andere Personen können eine Schenkung anfechten wegen Schmälerung ihres Pflichttheils [e] (§. 597), und wegen Beeinträchtigung ihrer Forderungen [f] (§. 228).

Anm. [1] Auch das gegenwärtige und zukünftige Vermögen? Savigny §. 159. Meyerfeld II. §. 21. — Puchta §. 71. not. g. Vorlef. I. S. 150. Unger §. 97.

[2] L. 10. Cod. 8. 56. (Just. a. p. Chr. 530.) Generaliter sancimus, omnes donationes lege confectas firmas illibatasque manere, si non donationis acceptor ingratus circa donatorem inveniatur, ita ut a) iniurias atroces in eum effundat, vel b) manus impias inferat, vel c) iacturae molem ex insidiis suis ingerat, quae non levem sensum substantiae donatoris imponit, vel d) vitae periculum aliquod ei intulerit, vel e) quasdam conventiones, ... quas donationis acceptor spopondit, minime implere voluerit. . . . . Hoc tamen usque ad primas personas tantummodo stare censemus etc. cf. L. 7. eod. Actionem vero matris ita personalem esse volumus, ut vindicationis (d. i. vindictae) tantum habeat effectum, nec in heredem detur nec tribuatur heredi. Nach älterm Recht stand ein solches Recht des Widerrufs nur Eltern gegen Kinder und dem Patron gegen den Freigelassenen zu. L. 1. 7. 9. Cod. l. c. Die Mutter, welche zur zweiten Ehe geschritten (mater binuba), kann in den Fällen a, e gar nicht widerrufen, in dem Falle c nur wegen Versuchs gänzlicher Vermögensentziehung. L. 7. Cod. l. c. nov. 22. cap. 35. Mütter aber, quae portentosae vilitatis abiectaeque pudicitiae sunt, können in keinem Falle widerrufen, L. 7. cit. in f.

[3] Nach R. R. steht dieses Recht nur dem kinderlosen Patron gegen den beschenkten Freigelassenen zu. L. 8. Cod. l. c. Vgl. Puchta Curs. der Inst. §. 206. Die Praxis hat es auch auf andere Schenker ausgedehnt, Puchta §. 70. not. d., jedoch nicht ohne Widerspruch. Savigny S. 229. not. h. Vergl. übrigens noch Unger §. 98.

[a] L. 11. 22. 34. §. 4. 5. Cod. h. t. L. 8. Cod. de revoc. don. 8. 56. L. 28. D. h. t. L. 37. §. 3. D. de legat. III. L. 17. §. 1. D. quae in fraud. 42. 8. cf. L. 72. pr. D. de iure dot. 23. 3. cf. Fragm. Vat. §. 263. L. 1. 2. Cod. Hermog. de donat. tit. VI. [b] L. 2...5. Cod. de revocandis donat. 8. 56. [c] L. 10. cf. L. 1. 7. 9. Cod. l. c. [d] arg. L. 8. Cod. l. c. [e] Cod de inofficiosis donat. 3. 29. [f] Dig. quae in fraud. cred. 42. 8.

§. 83.

d) Besondere Arten der Schenkung.

Als solche sind hervorzuheben 1) die remuneratorische Schenkung, d. i. eine Schenkung, wozu der Schenker durch Dankbarkeit bewogen wurde [a]. Sie ist eine wahre Schenkung, ihrer Wirkung nach unabhängig von der Wahrheit des Beweggrundes [b], und unterliegt daher auch den gesetzlichen Beschränkungen der Schenkungen [1]. Indessen ist es möglich, daß einer Gabe nicht sowohl die Absicht zu schenken (animus donandi), als vielmehr die Absicht, einen lohnenswerthen Dienst zu belohnen, zum Grunde liegt, wenn auch ein rechtlicher Anspruch auf Lohn nicht begründet ist [c], und dieses wird namentlich angenommen bei einer Belohnung für Lebensrettung [d], als eine unschätzbare Dienstleistung [2]. Eine solche Gabe ist nicht als Schenkung anzusehen. 2) Die Schenkung mit einer Auflage, donatio sub modo [e]. Hier liegt in der Annahme der Schenkung zugleich die Uebernahme einer Verpflichtung, es sey zu einer Leistung an den Geber selbst [f] oder an einen Dritten [g], oder zu irgend einer andern Handlung [h]. Es entsteht daraus eine Klage auf Erfüllung der Auflage, im ersten Fall für den Schenker [i], im zweiten Fall für den Dritten [k], oder deren Erben; in jedem Fall aber kann wegen verschuldeter Nichterfüllung der Schenker oder dessen Erbe das Geschenkte durch condictio ob causam dati zurückfordern [l], oder, wenn dem Schenker zu leistende Alimente verweigert werden, vindiciren [m], der Schenker selbst auch wegen Undanks widerrufen [n]. Uebrigens finden darauf, so weit darin eine Schenkung liegt, auch die Vorschriften über Schenkungen Anwendung [3]. Verwandt der donatio sub modo sind 3) Schenkungen, die in ein anderes Rechtsgeschäft eingeschlossen werden, z. B. in einen Kaufvertrag [o] oder Gesellschaftsvertrag [p], mixtum negotium cum donatione; zu unterscheiden von einer reinen Schenkung, welcher

[a] L. 10. §. 13. L. 12. D. mandati. 17. 1. L. 25. §. 11. D. de hered. pet. 5. 3. [b] L. 65. § 2. D. de cond. indeb. 12. 6. cf. L. 3. §. 7. D. causa data. 12. 4. [c] L. 27. D. h. t. [d] L. 34. §. 1. D. h. t. [e] Cod. de donationibus quae sub modo conficiuntur. 8. 55. [f] L. 1. 2. Cod. h. t. L. 9. 22. Cod. de donat. 8. 55. L. 3. Cod. de contrah. emt. 4. 38. L. 8. Cod. rer. permutat. 4. 64. [g] L. 3. Cod. h. t. 8. 55. [h] L. 2. §. 7. D. h. t. 39. 5. L. 71. pr. D. de cond. et dem. 35. 1. L. 13. §. 2. L. 14. D. de donat. int. v. et u. 24. 1. L. 36. §. 2. Cod. h. t. 8. 54. [i] L. 9. 22. Cod. cit. L. 8. Cod. cit. [k] L. 3. cit cf. Fragm. Vat. §. 286. [l] L. 3. 8. Cod. de cond. ob caus. 4. 6. cf. L. 18. D. h. t. 39. 5. [m] L. 1. Cod. h. t. 8. 55. [n] L. 10. Cod. de revoc. donat. 8. 56. [o] L. 5. §. 5. L. 32. §. 26. D. de donat. int. v. et u. 24. 1. [p] L. 32. §. 24. D. l. c. L. 5. §. 2. D. pro socio 17. 2.

nur der falsche Schein eines andern Rechtsgeschäfts gegeben ist [q]. Dort ist das Rechtsgeschäft als Schenkung zu behandeln, soweit sich nach Absicht und Inhalt der die Schenkung bildende Bestandtheil ausscheiden läßt [r].

Anm. [1] L. 25. §. 11. D. 5. 3. „... nec si donaverint, locupletiores facti videbuntur (sc. bonae fidei possessores hereditatis), quamvis ad remunerandum sibi aliquem naturaliter obligaverunt. Plane si ἀντίδωρα acceperunt, dicendum est, eatenus locupletiores factos, quatenus acceperunt, velut genus quoddam hoc esset permutationis". cf. L. 54. §. 1. D. de furtis. 47. 2. Species enim lucri est, beneficii debitorem sibi acquirere. Vgl. Meyerfeld I. §. 19. Savigny §. 153. Mehr oder minder abweichend u. a. a) Schweppe §. 503. b) Wening-Ingenheim §. 283. c) Vang. §. 125. Mühlenbruch §. 443.; die letzten schließen nur den Widerruf aus. Die neueste Praxis noch schwankend: Seuffert's Arch. I. 340., III. 265., IV. 118., V. 18. Vgl. Unger §. 99.

[2] L. 34. §. 1. D. h. t. (Paul. lib. V. sent.) Si quis aliquem a latrunculis vel hostibus eripuit et aliquid pro eo ab ipso accipiat, haec donatio irrevocabilis est, non merces (Vulg. *nam merces*, Hal. *merces enim)* eximii laboris appellanda est, quod contemplatione salutis certo modo aestimari non placuit. In Pauli sentt. V. 11. §. 6. lautet die Stelle so: Ei, qui aliquem a latrunculis vel hostibus eripuit, in infinitum donare non prohibemur; si tamen donatio et non merces eximii laboris appellanda est: quia contemplationem salutis certo modo aestimari non placuit. Vgl. L. 27. D. h. t. „... posse defendi non meram donationem esse, verum officium magistri quadam mercede remuneratum Regulum."

[3] Ohne Grund erklärt die Insinuation für entbehrlich und beschränkt den Widerruf Mühlenbruch §. 445. Vgl. auch Donell. lib. XIV. cap. 26. §. 3. cap. 27. §. 12...15. Seuffert's Arch. L. 341. Dagegen §. 82. Anm. 2. e. Savigny §. 144. Seuffert's Arch. V. 168.

D. Von unerlaubten Handlungen insbesondere.

§. 84.

1) Ueberhaupt.

Handlungen können entweder an sich widerrechtlich seyn oder nur in Beziehung auf ein besonderes Verpflichtungsverhältniß des Handelnden. Im ersten Fall heißen sie Verbrechen oder Vergehen, delicta, und, insofern sie Privatrechte verletzen, delicta privata, eine Quelle selbstständiger Rechtsansprüche, der obligationes ex

[q] L. 32. cit. §. 25. 26. L. 36. 38. D. de contrah. emt. 18. 1. L. 3. 9. Cod. eod. 4. 38. [r] L. 5. §. 2. 5. D. de donat. int. v. et u. 24. 1.

delicto. Im andern Fall erzeugen sie nur eine Modification des ohnehin bestehenden Verpflichtungsverhältnisses. Jede widerrechtliche Handlung aber setzt voraus objectiv eine Verletzung und subjectiv eine Beziehung zu dem Willen einer Person, vermöge welcher jene dieser zuzurechnen, zu imputiren ist. Dieses zweite Moment bezeichnet das Wort Schuld, culpa im weitern Sinn.

Anm. L. 1. pr. D. de iniur. 47. 10. Iniuria ex eo dicta est, quod non iure fiat; omne enim, quod non iure fit, iniuria fieri dicitur. Hoc generaliter; specialiter autem iniuria dicitur contumelia. Interdum iniuriae appellatione damnum culpa datum significatur, ut in lege Aquilia dicere solemus. Interdum iniquitatem iniuriam dicemus; nam quum quis inique vel iniuste sententiam dixit, iniuriam ex eo dictam (Vulg. *dicam*) quod iure et iustitia caret, quasi non iuriam; contumeliam autem hic contemnendo. L. 5. §. 1. D. ad leg. Aquil. 9. 2. Iniuriam autem hic accipere nos oportet .... quod non iure factum est, hoc est contra ius, id est, si culpa quis occiderit .... §. 2. Et ideo quaerimus, si furiosus damnum dederit, an legis Acquiliae actio sit? Et Pegasus negavit; quae enim in eo culpa sit, quum suae mentis non sit?

2) Von der Schuld bei widerrechtlichen Handlungen [1].

§. 85.

a) Begriff und Art der Schuld.

Schuld, culpa im weitern Sinn, ist dasjenige Moment in dem Willen eines Menschen, in Beziehung auf eine (positive oder negative) Handlung, vermöge dessen dieser als Urheber einer Rechtswidrigkeit, als Bewirker eines Unrechts erscheint [a]. Diese unrechtliche Willensstimmung kann in bewußtem Wollen des Unrechts bestehen, es sey nun, daß man absichtlich etwas thue oder absichtlich etwas unterlasse, um den rechtswidrigen Erfolg zu erzeugen. Das ist böser Wille, böser oder rechtswidriger Vorsatz, Arglist, dolus, dolus malus [b]. Sie kann aber auch nur in einem Mangel an gebührender Aufmerksamkeit und Besonnenheit bestehen, in einem Mangel an Energie des Willens, die Verletzung zu vermeiden, ohne die auf das Unrecht gerichtete Absicht. Alsdann heißt die

[a] L. 5. §. 1. L. 9. §. 4. L. 10. D. ad leg. Aquil. 9. 2. L. 3. D. depos. 16. 3. L. 91. §. 3. D. de V. O. 45. 1. L. 9. §. 3. D. de minor. 4. 4. L. 38. D. sol. matr. 24. 3.
[b] L. 15. §. 1. D. de iud. 5. 1. L. 1. §. 47. L. 13. D. depos. 16. 3. L. 61. §. 5. D. de furt. 47. 2. L. 3. §. 6. D. de hom. lib. exhib. 43. 29 cf. L. 1. §. 1. 2. D. de dolo. 4. 3.

Schuld culpa im engern Sinn, Fahrlässigkeit, Versehen, im Gegensatz von dolus [c]. Auch diese kann sowohl im Thun als im Unterlassen begangen werden, culpa in faciendo oder culpa in non faciendo [d]. Doch wird in Fällen, wo zwar das Bewußtseyn des Unrechts nicht fehlt, aber der nächste Beweggrund des Handelns an sich nicht verwerflich, daher auch der Wille nicht eigentlich auf die Rechtsverletzung gerichtet ist, nur von culpa, freilich dolo proxima, gesprochen [e]. Zum Daseyn eines Delicts wird nun meistentheils böser Wille, Dolus [2], vorausgesetzt [f]. Wegen bloßer Culpa wird man gewöhnlich nur verantwortlich, sofern durch ein besonderes Rechtsverhältniß die Verpflichtung zu einer gewissen Sorgfalt begründet ist [g]. Aber es gibt auch Delicte, die bloß durch Culpa begangen werden. Wegen Zerstörung oder Beschädigung fremder Sachen namentlich wird jeder verbindlich zum Schadensersatze, sofern jene nur irgendwie als Folge einer nicht schuldlosen Thätigkeit, wenn auch nur einer Unachtsamkeit im Thun, ihm zur Last gelegt werden kann [h]. In dieser Beziehung hat man daher nach dem Namen des betreffenden Gesetzes (lex Aquilia) die Aquilische Culpa besonders ausgezeichnet [3]; sie bezeichnet die Gränze des Gebietes der an sich rechtswidrigen Handlungen; was darüber hinausliegt, gehört dem Zufall an (casus) [i].

Anm. [1] Vorzüglich J. Chr. Hasse, die Culpa des R. Rts. Kiel 1815. 2. Ausg. von Bethmann-Hollweg, Bonn 1838. Vgl. Donell. lib. XVI. cap. 6. 7.; Löhr, Theorie der Culpa. Gießen 1806. Beiträge zur Theorie der Culpa. 1808. Mag. IV. 25. (1844); Zirkler im Rtslex. III. S. 83...133. 466..505. Dazu Mommsen, Beiträge zum Obligationenrecht III. S. 347. fg. und über diesen Windscheid in d. Heidelb. krit. Ztschr. III. S. 278. fg. Eine kritische Beleuchtung der Lehre hat neuerdings versucht Schaaff, Abh. aus dem Pandektenrecht Bd. I. Nr. I. Heidelb. 1857.

[2] Vgl. jedoch Schaaff a. a. O. S. 85. fg.

[3] L. 44. D. ad. leg. Aquil. 9. 2. In lege Aquilia et levissima culpa venit. Ueber die Aquilische Culpa vgl. besonders Hasse §. 4...13. S. 15. fg. S. 63. fg., dazu jetzt Schaaff S. 120. fg.: über culpa in faciendo und in non faciendo Hasse S. 105. fg. Rtslex. S. 103. fg.

[c] L. 61. §. 5. D. cit. [d] L. 91. pr. D. de V. O. 45. 1. L. 1. pr. D. de tut. et. rat. distrah. 27. 3. [e] L. 7. pr. D. depos. 16. 3. L. 8. §. 10. D. mand. 17. 1. L. 7. §. 7. D. de dolo. 4. 3. [f] L. 50. §. 2. D. de furt. 47. 2. L. 2. 4. D. vi bon. rapt. 47. 8. L. 3. §. 2. D. de iniur. 47. 10. cf. L. 12. 14. D. de adult. 48. 5. L. 16. D. ad. leg. Corn. de sicar. 48. 8. u. a. [g] L. 13. §. 2. D. de usufr. 7. 7. [h] Dig. ad leg. Aquil. 9. 2. [i] §. 3. J. de lege Aquil. 4. 3. L. 30. §. 3. L. 52. §. 4. D. eod. 9. 2.

§. 86.

b) Grade der Culpa.

Bei Beschädigungen, welche unter die lex Aquilia fallen, werden keine Grade des Verschuldens unterschieden. Jede Beschädigung aus bloßem Versehen hat dieselbe Wirkung wie die vorsätzliche [a]. Wer aber in einem besondern Verpflichtungsverhältniß zu einem Andern steht, der hat in dessen Interesse selbst eine gewisse Sorgfalt oder Beflissenheit (diligentia) zu bethätigen, deren Versäumung (negligentia), es sey durch Mangel an Achtsamkeit in der Thätigkeit oder durch reine Unthätigkeit, eben darum als Verschulden gegen jenes Verpflichtungsverhältniß, als Culpa erscheint. Jene Sorgfalt nun kann in verschiedenem Grade gefordert werden, und so unterscheidet man denn auch im Gegensatze davon verschiedene Grade der Culpa, obwohl im einzelnen Fall immer nur das Verhalten als Culpa zugerechnet wird, welches der pflichtmäßig zu leistenden Sorgfalt nicht entspricht. Einen allgemeinen Maßstab der Beurtheilung gibt nun die Sorgfalt ab, welche ein sorgsamer und verständiger Hausvater in gleichem Verhältniß regelmäßig bewähren wird, diligentia diligentis patrisfamilias [b]. Der Mangel derselben ist eine gewöhnliche Schuld, meistens culpa schlechtweg, levis culpa [c], die geringste Schuld, für welche Jemand verantwortlich gemacht wird [1]; sie gränzt unmittelbar an den Zufall, welcher dem Verpflichteten nicht zuzurechnen ist [d]. Es kann aber auch die geringere Vorsicht, die selbst der gewöhnliche Mensch gewöhnlich nicht vermissen läßt, und deren Mangel als eine auffallende Sorglosigkeit oder an Gewissenlosigkeit streifende Gleichgültigkeit gegen Benachtheiligung eines Andern erscheint, zum Maßstab der Beurtheilung dienen. Die Vernachlässigung derselben ist eine grobe Schuld, grobes Versehen [2], lata culpa [e]. Diese gränzt unmittelbar an den rechtswidrigen Vorsatz, ist culpa dolo proxima [f], und

[a] §. 3. J. cit. [b] L. 13. §. 1. L. 14. D. de pign. act. 13. 7. L. 11. D. de peric. et comm. 18. 6. L. 25. pr. in f. D. de probat. 22. 3. L. 137. §. 23. D. de V. O. 45. 1. L. 31. D. ad leg. Aquil. 9. 2. [c] L. 13. §. 1. cit. §. 4. J. quib. mod. re contr. 3. 14. §. 5. J. de locat. 3. 24. L. 25. §. 7. D. locati. 19. 2. L. 22. §. 3. D. ad Sc. Treb. 36. 1. L. 20. Cod. de neg. gest. 2. 19. L. 7. Cod. arb. tut. 5. 51. L. 47. §. 5. D. de legat. I. [d] L. 18. pr. D. commod. 13. 6. L. 1. §. 4. D. de O. et A. 44. 7. [e] L. 213. §. 2. L. 223. D. de V. S. L. 7. Cod. l. c. [f] L. 29. pr. D. mand. 17. 1. L. 22. §. 3. D. cit. L. 8. §. 3. D. de precario. 43. 26.

wird in Verpflichtungsverhältnissen [g] demselben in der Regel gleich behandelt [3].

Eine besondere Richtung der Sorgfalt bezeichnet die custodia, diligentia in custodiendo [h], deren Versäumung, culpa in custodiendo, insbesondere wegen Entwendung der Sache verantwortlich macht.

Nach Verschiedenheit der Verhältnisse wird man bald für jedes Versehen verantwortlich, omnis culpa, dolus et culpa, d. i. dolus (mit Inbegriff der lata culpa) und levis culpa, bald nur für dolus mit Inbegriff der lata culpa [i]. In manchen Fällen wird aber noch insbesondere mildernde Rücksicht genommen auf das Maß der Sorgfalt, welche der Verpflichtete in seinen eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt, wenn sie auch geringer ist, als die eines sorgsamen Hausvaters, diligentia quam suis rebus (sc. adhibere quis solitus est) [k], sogenannte diligentia in concreto, deren Vernachlässigung (im Gegensatze der sog. culpa in abstracto) die heutige Terminologie culpa in concreto nennt; diese aber kann andererseits wieder unter Umständen der lata culpa oder dolo proxima [l] gleichzustellen seyn [4].

Anm. 1 L. 11. D. 18. 6. Si vendita insula combusta esset, cum incendium sine culpa fieri non possit, quid iuris sit? Respondit: quia (vielleicht quin: oder quid?) sine patrisfamilias culpa fieri potest, neque si servorum negligentia factum esset, continuo dominus in culpa erit; quamobrem si venditor eam diligentiam adhibuisset in insula custodienda, quam debent homines frugi ac diligentes praestare, si quid accidisset, nihil ad eum pertinebit. (Vgl. darüber Huschke in Linde's Ztschr. n. F. IV. S. 281. Arndts das. VIII. S. 101., wo aber Z. 3. v. u. ein „nicht" fehlt, durch dessen Mangel vielleicht Ribling das. IV. 9. zu einer ungegründeten Kritik verleitet worden). L. 13. §. 1. L. 14. D. 13. 7. Venit autem in hac actione (pigneratitia) et dolus et culpa, ut in commodato, venit et custodia, vis maior non venit. ... Ea igitur, quae diligens paterfamilias in suis rebus praestare solet, a creditore exiguntur. — L. 137. §. 2. D. 45. 1. „... aestimet, quanto tempore diligens paterfamilias conficere possit, quod

[g] L. 226. D. de V. S. L. 1. §. 1. D. si mensor. 11. 6. L. 8. §. 3. cit. L. 1. §. 5. D. de O. et A. 44. 7. L. 1. §. 2. D. si is qui test. lib. 47. 4. cf. L. 7. D. ad. leg. Cornel. de sicar. 48. 8. [h] L. 5. §. 5. 6. L. 10. §. 1. D. commod. 13. 6. L. 13. §. 1. D. de pign. act. 13. 7. L. 12. pr. L. 14. §. 6. 10. 12. D. de furt. 47. 2. L. 21. pr. L. 36. §. 1. D. de rei vind. 6. 1. §. 3. J. de emt. 3. 23. [i] L. 23. D. de R. J. cf. L. 13. Cod. mand. 4. 35. L. 5. §. 2. D. commod. 13. 6. L. 17. §. 2. D. praescript. verb. 19. 5. not. b. c. g. [k] L. 72. D. pro socio. 17. 2. L. 17. pr. D. de iure dot. 23. 3. L. 1. pr. D. de tut. et rat. distrah. 27. 3. [l] D. 32. D. depos. 16. 3. L. 22. §. 3. D. ad Sc. Treb. 36. 1.

facturum se promiserit: ut, qui Ephesi daturum se spoponderit, neque diplomate diebus ac noctibus omni tempestate contemta iter continuare cogatur, neque tam delicate progredi debeat, ut reprehensione dignus appareat, sed habita ratione temporis aetatis sexus valetudinis, quum id agat, ut mature perveniat, i. e. eodem tempore, quo plerique eiusdem conditionis solent pervenire." — §. 5. J. 3. 24. Custodia talis desideratur, qualem diligentissimus paterfamilias suis rebus adhibet; quam si praestiterit et aliquo casu rem amiserit, de restituenda re non tenebitur. — Dasselbe bezeichnen die Ausdrücke diligentia schlechtweg, exacta diligentia, exactissima diligentia, omnis diligentia u. a. Ebenso andrerseits culpa, levis culpa, levissima culpa, omnis culpa. Ueberall bedarf es verständiger und billiger Erwägung theils der Volkssitte und des Volkscharakters überhaupt, theils der besondern Beschaffenheit der concreten Verhältnisse; die Theorie kann sich nicht vermessen, eine allgemeine Barometerscala des Verschuldens aufzustellen. Vgl. Hasse S. 137. fg. mit Mommsen S. 360. fg., auch Unger II. §. 102. S. 243. fg. Das ist es auch, was sich aus den spitzfindigen Erörterungen von Schaaff ergibt, der mit Unrecht uns den diligens paterfamilias so zu sagen ganz wegeskamotiren möchte.

[2] L. 213. §. 2. D. de V. S. Lata culpa est nimia negligentia, id est, non intelligere quod omnes intelligunt. L. 223. ib. Latae culpae finis est non intelligere quod omnes intelligunt. L. 226. ib. Magna negligentia culpa est, magna culpa dolus est. — L. 29. pr. D. 17. 1. Dissoluta enim negligentia prope dolum est. L. 1. §. 1. D. 11. 6. Lata culpa plane dolo comparabitur. Darüber Mommsen S. 347. und gegen denselben Windscheid a. a. O., vgl. Schaaff S. 164. fg.

[3] Die früher herrschende Theorie unterschied drei Grade der Culpa, lata, levis und levissima culpa. So im Preuß. Ldrt.: „grobes, mäßiges, geringes Versehen." Die Bekämpfung dieser Trichotomie durch Donellus blieb unbeachtet, bis Thibaut dessen Ansichten wieder geltend machte. Seitdem hat die richtige Ansicht, besonders durch Löhr und Hasse fester begründet, allgemeine Anerkennung gefunden. Vgl. noch Seuffert Erörtr. I. S. 102. fgg. Vang. §. 107. Puchta §. 264 ... 267. So auch, obwohl in vermeintlicher Opposition gegen das römische Recht, nach österreich. Recht. Unger §. 102. Anm. 11 ... 13. Eine abweichende Auffassung sucht wiederum Schaaff a. a. O. geltend zu machen.

[4] L. 32. D. 16. 3. Quod Nerva diceret, latiorem culpam dolum esse, Proculo displicebat, mihi verissimum videtur. Nam et si quis non ad eum modum, quem hominum natura desiderat, diligens est, nisi tamen ad suum modum curam in deposito praestat, fraude non caret: nec enim salva fide minorem iis quam suis rebus diligentiam praestabit. Vgl. darüber und über die sog. culpa in concreto überhaupt Mommsen S. 374 fg. mit Windscheid S. 281 fg., Schaaff S. 182. fg.

IV. Von der Zeit in ihrer Beziehung auf Entstehung und Endigung von Rechten.

§. 87.

1) Vom Einfluß der Zeit auf Rechtsverhältnisse im Allgemeinen.

Die Zeit kann auf Rechtsverhältnisse in verschiedener Weise Einfluß haben[1]. Denn 1) gewisse Handlungen, namentlich gerichtliche, sollen nach gesetzlicher Vorschrift an gewissen Tagen (Feiertagen) nicht vorgenommen werden[a]. 2) Die Wirkung gewisser Handlungen kann vermöge gesetzlicher oder richterlicher Festsetzung von deren Vornahme zu oder innerhalb gewisser Zeit (Termine, Fristen) abhängig seyn. 3) Rechtsgeschäften kann durch Privatwillkür eine Zeitbestimmung hinzugefügt seyn (§. 73). 4) Mit einer gewissen Dauer eines Zustandes sind häufig besondere rechtliche Wirkungen verbunden. Hinsichtlich dieses Einflusses der Zeit bedarf es näherer Bestimmungen über Zeiteintheilung (§. 88) und Zeitberechnung (§. 89. 90).

In der letzten Beziehung ist insbesondere hervorzuheben die Veränderung in Rechten, welche als Folge der eine gewisse Zeit hindurch fortgesetzten Ausübung oder Nichtausübung derselben eintritt[b]. Man bezeichnet diese im Allgemeinen durch den Ausdruck Verjährung, praescriptio, und zwar erwerbende Verjährung, praescriptio acquisitiva, oder erlöschende Verjährung, praescriptio exstinctiva, je nachdem die Wirkung zunächst im Erwerb eines Rechts durch fortgesetzte Ausübung oder im Verlust durch fortgesetzte Nichtausübung besteht. Es ist aber ein Mißgriff, die Verjährung als Ein zusammenhängendes Rechtsinstitut darzustellen[2]; sie kommt bei verschiedenen Rechten in ganz verschiedenartiger Gestaltung vor. Nur eine Art sogenannter Verjährung ist wegen ihrer allgemeinen Bedeutung hier schon näher zu betrachten (§. 91).

Anm. [1] Ueber diese ganze Lehre vorzüglich Savigny §. 177...201. IV. S. 297...535.; eine Uebersicht der einzelnen Einwirkungen der Zeit das. §. 177. Vgl. die sonst dem Eusthatios beigelegte Schrift über die Zeitabschnitte: *αἱ ῥοπαὶ* oder *περὶ χρόνων προθεσμίας ἀπὸ ῥοπῆς ἕως ἑκατὸν ἐνιαυτῶν*. Ausg. von C. E. Zachariae, Heidelb. 1836.

[a] Dig. de feriis et dilationibus et diversis temporibus. 2 12. Cod. de feriis. 3. 12. X. 2. 9. [b] Dig. de diversis temporalibus praescriptionibus. 44. 3. Cod. de annali exceptione italici contractus tollenda et diversis temporibus et exceptionibus et praescriptionibus et interpellationibus earum. 7. 40. X. de praescriptionibus. 2. 26. in 6to. 2. 13.

[2] Jac. Ravii principia univ. doctrinae de praescriptione acquisivita et extinctiva. Hal. 1766., ed. 3. 1790. Thibaut, über Besitz und Verjährung. Jena 1802. Unterholzner ausführliche Entw. der gesammten Verjährungslehre. 2 Bde. Leipzig 1828; neubearb. von Schirmer 1858. Heimbach im Rtslex. XII. S. 288. fgg. Vgl. Preuß. Landr. Thl. I. Tit. 9. „von der Verjährung" §. 500 . . . 669. Code Nap. liv. III. tit. 20. de la prescription. Oest. b. Gesetzb. „Von der Verjährung und Ersitzung" §. 1451 . . . 1502., und darüber Unger II. §. 104.

§. 88.

2) Zeiteintheilung.

Die Zeit wird in gewisse Abschnitte eingetheilt: Jahre, Monate, Wochen, Tage. Eine feststehende Eintheilung der Zeit nach den genannten Abschnitten bietet der Kalender dar. Mit Rücksicht darauf nennt man einen Zeitabschnitt, sowie er im Kalender bestimmt ist, mit festem Anfangs- und Endpunkte, Kalenderjahr, Kalendermonat, Kalenderwoche, Kalendertag, civilis annus, mensis, dies [a]. Der letzte, in 24 Stunden abgetheilt, ist der Zeitraum von einer Mitternacht zur andern [b]. Das Jahr besteht aus 365 Tagen, vom 1. Januar bis zum 31. December einschließlich. Doch wird in jedem vierten Jahre nach dem 23. Februar ein Tag zugesetzt (Schalttag, dies intercalaris [c]), was nur dreimal in 400 Jahren unterbleibt. Aber dieser Schalttag wird juristisch mit dem folgenden Tage zusammen für e i n e n Kalendertag gerechnet (bissextus, prior et posterior) [d]. In Rechtsverhältnissen kommen nun aber meistentheils Zeitabschnitte von gleichem Umfang und gleicher Benennung, mit wandelbarem Anfangs- und Endpunkte, in Betracht. So steht dem Kalenderjahr gegenüber ein Zeitjahr (bewegliches, natürliches Jahr), d. i. ein Zeitabschnitt von 365 Tagen [e], mit willkürlichem Anfangspunkte; ebenso dem Kalendertag ein Zeittag, natürlicher Tag, d. i. ein Zeitabschnitt von gleicher Länge, wie der Kalendertag, aber nicht von Mitternacht an gerechnet. Schwierigkeit macht hier nur der Monat, weil die Kalendermonate von ungleicher Länge sind. Allein wenn in gesetzlichen Bestimmungen eine Zeitfrist nach Monaten bezeichnet

[a] Censorin. cap. 20. 22. 23. [b] L. 8. D. de feriis. 2. 12. cf. Gell. III. 2. [c] L. 2. D. de div. temp. 44. 3. [d] L. 2. cit. L. 98. D. de V. S. L. 3. §. 3. D. de minor. 4. 4. cap. 14. X. de V. S. 5. 40. [e] L. 51. §. 2. D. ad leg. Aquil. 9. 2. L. 4. §. 5. D. de statulib. 40. 7. L. 134. D. de V. S.

ist, so wird regelmäßig ein Monat gleich 30 Tagen gerechnet [f] (Zeitmonat).

Anm. [1] Ueber die Zeiteintheilung überhaupt vgl. Censorinus de die natali. cap. 19...24. Macrobii Saturn. I. 3. 12...16. Ideler Hdb. der math. und technischen Chronologie. 2 Bde. Berlin 1825. 1826. Gmelin im jurid. Arch. I. S. 577. fgg. S. 756. fgg. — Savigny IV. S. 320...347.

[2] Der heutige Kalender ist im Wesentlichen der a. u. 709. von Julius Cäsar eingeführte (Julianische) Kalender, nur verbessert in Betreff der Schalttage durch Gregor XIII. im J. 1581 (der Gregorianische Kalender). Aber die Römer zählten bekanntlich die Monatstage anders als wir, zurückrechnend von den Nonae und Idus des Monats (d. i. dem 7., beziehungsweise 15. im März, Mai, Juli und October, dem 5., beziehungsweise 13. in den übrigen Monaten), sodann den Kalendae, d. i. dem 1. des folgenden Monats, z. B. ante diem XVII. Kal. Jan. d. i. der 16. Dec., indem gerechnet wird 1) Kal. Jan. 2) pridie Kal. Jan., d. i. 31. Dec. 3) III. ante Kal. Jan., d. i. 30. Dec. u. s. w.

[2] Den Tag theilten auch die Römer in 24 Stunden ein, aber in 12 Stunden des Tages von Sonnenaufgang bis Sonnenuntergang (horae diei, lucis, dies naturalis) und 12 Stunden der Nacht von Sonnenuntergang bis Sonnenaufgang (horae noctis). Das Ende der hora sexta noctis war Mitternacht. Die Stunden waren also Zeitabschnitte von wandelbarer Größe (je nach den Jahreszeiten).

[4] Nach dem Jul. Kalender war das Sonnenjahr angenommen zu 365¼ Tagen; daher alle vier Jahre ein Schalttag. Es beträgt aber genau 365 Tage 5 St. 48′ 48″; daher wird nach dem Gregor. Kalender in 400 Jahren dreimal die Einschaltung unterlassen; die überzähligen Tage wurden im Jahre 1581 ausgelassen. Nach römischem Kalender ist der 24. Februar eines gemeinen Jahres der dies sextus ante Kalendas Martias, der 23. Februar dies septimus. Zwischen diesen beiden wird im Schaltjahr ein Tag eingeschaltet, ohne die Zählung der Tage zu ändern. Beide Tage, der 24. und 25. Februar des Schaltjahrs, heißen nun bissexti, zusammen bissextum, und zwar der 25. bissextus prior, der 24. bissextus posterior, und von diesen beiden Tagen gilt die Regel: id biduum pro uno die habetur. L. 98. pr. D. de V. S. (cf. L. 98. §. 1. ibid., betreffend die vor Cäsar übliche Einschaltung eines Monats, mensis intercalaris). — L. 3. §. 3. D. de minor. Si bissexto natus est sive priore sive posteriore die, Celsus scripsit nihil referre; nam id biduum pro uno die habetur et posterior dies Kalendarum intercalatur. L. 2. D. 44. 3. In tempore constituto iudicatis an intercalaris dies proficere iudicato necne debeat, quaeritur; item de tempore, quo lis perit. Sic sine dubio existimandum est, ut auctum litis tempus intercalari die existimetur, veluti si de usucapione sit quaestio, quae tempore constituto expleri solet, aut de actionibus, quae certo tempore finiuntur, ut aediliciae pleraeque actiones; et (l. set et) si quis fundum ea lege vendiderit,

[f] L. 11. §. 6. L. 29. §. 5. D. ad leg. Jul. de adult. 48. 5. L. 1. §. 10. D. ad. Sc. Turpill. 48. 16. L. 22. §. 1. 2. 11. Cod. de iure delib. 6. 30. Nov. 115 cap. 2. cf. Paull. sentt. IV. 9. §. 5. L. 28. 31. §. 22. D. de aedil. ed. 21. 1.

ut nisi in diebus triginta pretium esset solutum, inemtus esset fundus, dies intercalaris proficiet tempori (Vulg. *emptori*); (besser ein?) mihi contra videtur. — Savigny §. 192...194. Gegen die heutige Anwendbarkeit obiger Regel erklärt sich Unger II. §. 106. S. 305. fg.

5 Der Bestimmung der Monatsfrist auf 30 Tage scheint entgegen zu seyn L. 101. D. de R. J. Ubi lex duorum mensium fecit mentionem, et qui sexagesimo et primo die venerit, audiendus erit; ita enim et Imp. Antoninus cum divo patre suo rescripsit. Savigny S. 392...398. Puchta §. 74. not. d. §. 75. not. e. — Emendationen: *sexagesimo die*, vgl. Eustathius cap. 14. ed. Zachar. p. 149. not. 3.; *sexagesimo et p̄remo* (d. i. *postremo*) *die*, Huschke in Linde's Ztschr. n. F. II. S. 166...180. — Nicht entgegen steht L. 5. pr. Cod. de temp. app. 7. 63. „aliis trium mensium spatiis, id est nonaginta et tribus diebus," vgl. L. 2. ibid., noch auch L. 12. D. de statu hom. 1. 5. L. 3. §. 12. D. de legat. 38. 16. septimo mense = centesimo octogesimo secundo die natus. (§. 39.) Auf diese Stelle und L. 101. cit. gründet eine andere Monatsrechnung Schrader Abh. II. 3., nämlich ein Monat = $^1/_{12}$, 2 Monate = $^1/_6$, 6 Monate = $^1/_2$ von 365 Tagen, nur mit Beseitigung der Bruchtheile. — Uebrigens vgl. noch RA. von 1548: „in 6 Monaten, einen jeden Monat für 4 Wochen zu rechnen". Ueber die Rechnung von Monatstag zu Monatstag: L. 2. Th. Cod. de decurion. 12. 1. „utrum ex numero dierum an ex nominatione Kalendarum computari duorum mensium spatia debeant?" Im heutigen Rechtsverkehr ist diese Rechnung, z. B. „vom 12. Jan. bis zum 12. März", sehr gewöhnlich; z. B. Preuß. Landr. II. 8. §. 855. vgl. I. 9. §. 550. Code de commerce art. 132. Deutsche Wechselordnung §. 32. Savigny S. 341...344.; und wird dieselbe auch nach R. R. als die regelmäßig anwendbare vertheidigt von Bachofen in Linde's Ztschr. XVIII. S. 350 fg. vgl. Unger II. S. 288.

3) Berechnung von Zeiträumen.

§. 89.

a) Civilcomputation [1].

Der Anfang eines Zeitraums, an dessen Ablauf sich eine juristische Wirkung knüpft, wird regelmäßig bezeichnet durch eine Thatsache, z. B. Geburt, Besitzerwerbung, welche in dem Umfang eines Kalendertags fällt. Nach genauer Berechnung müßte demnach als Endpunkt eines nach Tagen oder größeren Zeitabschnitten bestimmten Zeitraums der jenem Anfangspunkte entsprechende Moment im Laufe eines andern Kalendertages, des letzten, der noch als Theil jenes Zeitraums in Betracht kommen kann, angenommen werden. Eine solche genaue Zeitberechnung nennen die Römer ad momenta oder a momento in momentum tempus computare, die Neueren Naturalcomputation. Sie wird aber im römischen

Recht nur ausnahmsweise angewendet und ist keineswegs als Regel anzusehen [2]. Regelmäßig wird vielmehr ein Zeitraum nur nach ganzen Kalendertagen gerechnet. Dies heißt ad dies numerare, civiliter tempus computare, daher Civilcomputation. Dabei wird regelmäßig derjenige Tag, in welchen der eigentliche Anfangspunkt des Zeitraums fällt, als der erste angerechnet, wornach denn der letzte Tag (novissimus, postremus oder extremus dies) durch die Zählung sich ergibt [3]. Was aber diesen letzten Tag betrifft, so ist zu unterscheiden, ob der Erwerb eines Rechts oder einer Fähigkeit als Folge eines eine gewisse Zeit hindurch dauernden Zustandes in Frage steht, oder der Verlust eines Rechts als Folge einer so langen Versäumniß [4]. Im ersten Falle genügt es, wenn jener Zustand nur auch an dem letzten Tage noch bestanden hat, wenn also dieser Tag nur erreicht worden ist (dies coeptus pro completo habetur); im letzten Fall wird vorausgesetzt, daß auch der letzte Tag noch versäumt worden, dieser also ganz abgelaufen sey [5].

Anm. [1] Ueber diese sehr streitige Lehre sind zu vergleichen: Koch Belehrungen über die Mündigkeit zum Testiren. Gießen 1796. Hagemeister eben darüber, im civ.-Mag. III. 1. Koch Bestätigung der Bel. 1798. Gmelin a. a. O. (§. 88. Anm. 1.) Erb über den annus civilis im civ. Mag. V. 8. Löhr über civ. comp. im civ. Arch. XI. 18. Unterholzner Verjährungsl. I. §. 90. Reinfelder der annus civilis. Stuttgart 1829. Vang. § 296. Savigny §. 182...188. Puchta Curs. der Institut. II. §. 199. Bachofen in Linde's Ztschr. XVIII. 2. 11. Huschke a. a. O. (§. 88. Anm. 5.)

[2] L. 3. §. 3. D. de min. 4. 4. Minorem autem XXV. annis natu videndum an etiam die natalis sui adhuc dicimus ante horam qua natus est, ut, si captus sit, restituatur. Et cum nondum compleverit, ita erit dicendum, ut a momento in momentum tempus spectetur. Man zählt dahin auch noch, obwohl ohne genügenden Grund, die Appellationsfrist nach Nov. 23. cap. 1.: „intra decem dierum spatium a recitatione sententiae numerandum."

[3] Vgl. Anm. 4. g. L. 1. §. 5. 12. D. quando app. 49. 4. Bachofen S. 45. fg. Huschke S. 165. mit Savigny S. 361 fg. Beil. XI. S. 602...616. Puchta §. 75. not. e.

[4] Die entscheidenden Stellen sind folgende: a) L. 5. D. qui testam. fac. 28. 1. A qua aetate testamentum vel masculi vel feminae facere possunt, videamus. Verius est in masculis quidem quartum decimum annum spectandum, in feminis vero duodecimum completum. Utrum autem excessisse debeat quis quartum decimum annum, ut testamentum facere possit, an sufficit complesse? Propone aliquem Kalendis Januariis natum testamentum ipso natali suo fecisse quarto decimo anno, an valeat testa-

mentum? Dico valere; plus arbitror, etiam si pridie Kalendarum fecerit post sextam horam noctis, valere testamentum; jam enim complesse videtur quartum decimum annum. b) L. 1. D. de manumiss. 40. 1. Placuit eum, qui Kalendis Januariis natus post sextam noctis pridie Kalendas quasi annum vicesimum compleverit, posse manumittere; .... iam autem minor (XX annis) non est, qui diem supremum agit anni vicesimi. c) L. 132. pr. L. 134. D. de V. S. Anniculus amittitur, qui extremo anni die moritur..... Anniculus non statim ut natus est, sed trecentesimo sexagesimo et quinto die dicitur, incipiente plane, non exacto die, quia annum civiliter, non ad momenta temporum sed ad dies numeramus. cf. L. 12. §. 5. D. de publ. act. 6. 2. d) L. 15. pr. D. de div. temp. 44. 3. In usucapione ita servatur, ut etiamsi minimo momento novissimi diei possessa sit res, nihilominus repleatur usucapio, nec totus dies exigitur ad explendum constitutum tempus. L. 6. 7. D. de usurp. 41. 3. In usucapionibus non a momento ad momentum sed totum postremum diem computamus; .... ideoque qui hora sexta diei Kalendarum Januariarum possidere coepit, hora sexta noctis pridie Kalendas Januarias implet usucapionem. e) Gell. noct. Att. III. 2. Q. quoque Mucium dicere solitum legi, lege non isse usurpatum mulierem, quae Kalendis Januariis apud virum causa matrimonii esse coepisset, et ante diem quartum Kalendas Januarias sequentes usurpatum isset. Non enim posse impleri trinoctium, quod abesse a viro usurpandi causa ex XII. tabulis deberet: quoniam tertiae noctis posteriores sex horae alterius anni essent, qui inciperet ex Kalendis. cf. Macrob. Sat. I. 3. f) L. 6. D. de O. et A. 44. 7. In omnibus temporalibus actionibus, nisi novissimus totus dies compleatur, non finit obligationem (Vulg. *non finitur obligatio*). g) L. 101. D. de R. J. (§. 88. Anm. 5.) L. 1. §. 9. D. de succ. ed. 38. 9. Quod dicimus intra dies centum bonorum possessionem peti posse, ita intelligendum est, ut et ipso die centesimo bonorum possessio peti possit. L. 30. §. 1. D. ad leg. Jul. de adult. 48. 5. Sexaginta dies a divortio numerantur; in diebus autem sexaginta et ipse sexagesimus est.

5 Z. B. Eine Zeitfrist von mehreren Jahren beginnt am 1. Jan. Mittags; dann ist der letzte Tag der 31. Dec. eines andern Jahres; die Frist ist vollendet, bei der Ersitzung mit dem Beginn des 31. Dec., bei der Klagenverjährung mit dem Ablauf dieses Tages; hier kann die Klage noch im Laufe des 31. Decemb. angestellt werden; dort hindert es die Ersitzung nicht, wenn der Besitz noch im Laufe des 31. Dec. verloren wird, und braucht der Usucapient bei späterer Vindication nur zu beweisen, daß er noch am 31. Dec. (quovis momento, wenn auch nur incipiente die), nicht, daß er auch noch am 1. Jan. besessen habe. Hiermit stimmen im Wesentlichen überein Vang., Puchta, Huschke, und jetzt auch Böcking; jedoch nimmt Puchta §. 75. not. e. für die Fälle der zweiten Art den 2. Januar als ersten Tag an (Anm. 3.), Huschke aber S. 171. fg. führt noch aus, daß, wenn bei demselben Rechtsverhältnisse eine Frist zugleich für die Dauer der Ausübung des Rechts des einen und für den Erwerb desselben Rechts durch

einen andern festgesetzt ist, für den letzten zwar die Regel gelte: dies ultimus coeptus pro completo habetur, zugleich aber dem ersten noch der ganze letzte Tag zu Gebote stehe, um sein Recht geltend zu machen durch usurpatio; arg. die Stellen in Anm. 5. d. und e.; dagegen Vang. 6. Aufl. §. 196. — Abweichende Ansichten: a) die Civilcomputation bestehe wesentlich darin, daß jeder Kalendertag als ungetheilte Einheit gelte, also in obigem Beispiel der 1. Jan. als erster ganzer Tag gerechnet und der 31. Dec. nach seinem Beginn sofort als vollendet angesehen werde (Reinfelder, vgl. auch Böcking Inst. §. 122., Koch, Hagemeister, Löhr; dagegen aber jetzt Böcking Inst. 2. Aufl. §. 122. Pand. I. §. 127.); b) regelmäßig endige die Frist erst mit dem Ablauf des 31. Dec., nur ausnahmsweise schon mit dessen Beginn (Erb, Bachofen); c) die Frist endige immer in Fällen der ersten Art mit dem Beginn, in Fällen der zweiten Art mit dem Ablauf des 1. Jan., als desjenigen Kalendertages, in dessen Umfang der mathematische Endpunkt derselben fällt, d. i. nach dieser Ansicht, des dies novissimus oder extremus (Savigny, zum Theil übereinstimmend Unterholzner). — Ueber die Bestimmungen neuerer Gesetzg. vgl. Savigny IV. S. 120. mit Unger II. S. 295. fg.

[6] Nicht hieher gehören L. 5. 8. 22. D. de annuis legat. 33. 1., und eine ganz singuläre Bestimmung enthält L. 8. D. de muner. 50. 4. Ad rempublicam administrandam ante XXV. annum .... admitti minores non oportet. .... Annus autem vicesimus quintus coeptus pro pleno habetur.

§. 90.

b) Utile tempus.

Ein Zeitraum wird regelmäßig als eine ununterbrochene Reihe von Zeittheilen gedacht (tempus continuum) [a]. In gewissen Fällen aber, wo die wirksame Vornahme einer gerichtlichen Handlung durch Rechtsvorschrift auf eine gewisse Zeitfrist (höchstens von einem Jahre) eingeschränkt ist, werden nur die dazu geeigneten Tage, dies utiles, gezählt; diejenigen Tage, an welchen man jene Handlung nicht vornehmen konnte, kommen nicht als versäumte in Anrechnung [b]. Daher utile tempus, z. B. annus utilis, sex menses utiles, centum dies utiles [c]. Die Hindernisse, welche dabei in Betracht kommen, können liegen 1) in der Unzugänglichkeit des Gerichts an einzelnen Tagen, zur Vollziehung der erforderlichen Handlung [d]; 2) in der Abwesenheit einer andern Person, deren Anwesenheit erforderlich ist [e]; 3) in einer persönlichen Hinderung

[a] L. 31. §. 1. D. de usurp. et usucap. 41. 3. L. 8. Cod. de dolo. 2. 21. L. 7. Cod. de temp. i. i. r. 2. 53. [b] L. 2. D. quis ordo. 38. 15. L. 1. D. de div. temp. 44. 3. [c] L. 2. cit. L. 1. §. 9. 12. D. de succ. ed. 38. 9. L. 19. §. 6. de aedil. ed. 21. 1. L. 7. 8. Cod. citt. [d] L. 2. cit. §. 1. 2. L. 1. in f. D. de div. temp. [e] L. 1. cit. initio. cf. L. 1. §. 7...10. D. quando app. 49. 4. — L. 1. §. 1. D. ex quib. caus. mai. 4. 6.

desjenigen, welcher die Handlung vorzunehmen hätte, als Abwesenheit, Krankheit [f], auch wohl, aber keineswegs in allen Fällen, Unkenntniß der thatsächlichen Verhältnisse [g]. Etwas anderes ist es, daß in manchen Fällen der Anfang einer alsdann continuo laufenden Zeitfrist durch Unkenntniß hinausgeschoben wird [h].

Anm Unpassend und verwirrend ist die moderne Unterscheidung von a) tempus utile ratione initii, continuum ratione cursus, b) tempus continuum ratione initii, utile ratione cursus; c) tempus utile ratione initii et cursus; d) tempus continuum utraque ratione. Vgl. Savigny IV. §. 189 bis 191. mit Bd. III. S. 410 ... 417. Nur was man unter b und c sich dachte, ist ein tempus utile im römischen Sinn; die Unterscheidung zwischen b und c aber ist nur ein unpassender Ausdruck für die Verschiedenheit, die nach not. g. vorkommt. — Die neuerlich von Elvers Themis I. S. 125 ... 184 aufgestellte Ansicht, daß der annus utilis auf das Amtsjahr des Prätors zu beziehen sey, ist widerlegt von Arndts in Linde's Ztschr. XIV. S. 1 ... 32. Vgl. Savigny IV. S. 451 ... 453. — Wie übrigens schon das R. R. in mehreren Fällen jene schwierige Berechnung beseitigt hat, so ist ihr die neuere Gesetzg. vollends abgeneigt. Unger II. S. 311. fg.

§. 91.

4) Unvordenkliche Zeit.

Wenn ein Recht so lange ausgeübt worden ist, daß der Anfang dieser Ausübung über Menschengedenken hinausliegt, so wird angenommen, daß dasselbe irgend wann und wie, es sey durch besondere Verleihung (lex specialis) oder auf andere Art, rechtsgültig erworben worden sey. Die Unvordenklichkeit der Rechtsausübung ersetzt den sonst erforderlichen Beweis des Rechtserwerbes. Dies ist die sogenannte unvordenkliche Verjährung, praescriptio immemorialis oder indefinita. Sie kommt schon im römischen Recht unter dem Namen vetustas in einzelnen Anwendungen vor [a], sodann im canonischen Recht [b], und in deutschen Reichsgesetzen [c],

[f] L. 1. D. cit. L. 2. cit. §. 3. cf. L. 1. D. de b. p. fur. 37. 3. L. 7. §. 1. 2. D. de bon. poss. 37. 1. L. 2. Cod. si ut om. her. 2. 40. [g] L. 2. pr. D. quis ordo. cf. Gai. II. 165. 171 ... 173. L. 1. D. de calumniat. 3. 6. L. 15. §. 4. 5. D. quod vi. 43. 24. L. 19. §. 6. L. 55. D. de aed. ed. 21. 1. L. 2. Cod. de aed. act. 4. 58. L. 8. Cod. de dolo. 2. 21. [h] §. 16. J. de excusat. 1. 25. L. 1. §. 15. D. quando app. 49. 4. L. 19. 22. Cod. de iure delib. 6. 30.

[a] L. 3. D. de locis et itin. publ. 43. 7. — L. 3. §. 4. D. de aqua quot. 43. 20. L. 26. D. de aqua pluv. 39. 3. L. 7. Cod. de serv. et aqua. 3. 34. — L. 1. §. 23. L. 2. pr. §. 1. 3. 5. 7. 8. D. de aqua pluv. 39. 3. — cf. L. 28. D. de probat. 22. 3. [b] cap. 21. 26. X. de V. S. 5. 40. cap. 1. de V. S. in 6to 5. 12. cap. 1. de praescript. in 6to 2. 13. [c] Aurea bulla cap. 8. §. 1. cap. 28. §. 4. RA. v. 1548. §. 56. 59. 63. 64. RA. v. 1576. §. 102. 105.

und ist in der Praxis bei allen Arten von Rechten anerkannt, sofern ihrer Natur nach eine fortgesetzte Ausübung derselben seit unvordenklicher Zeit möglich ist und nicht eine in bestimmter Zeit vollendete Verjährung (sog. praescriptio definita) die Berufung darauf entbehrlich macht. Zur Unvordenklichkeit eines thatsächlichen Zustandes wird vorausgesetzt, daß Niemand, weder aus eigener Wahrnehmung noch aus Mittheilung der Vorfahren, über den Anfang desselben Auskunft zu geben vermöge [d]. Zum Beweise derselben dient vorzüglich die Aussage von Zeugen, deren Erinnerung ein ganzes Menschenalter, d. i. wenigstens vierzig Jahre [e], umfaßt, wodurch bezeugt wird, nicht nur, daß während dieser Zeit der gegenwärtige Zustand immer vorhanden gewesen sey, sondern auch daß sie von älteren Personen niemals eine andere Kunde vernommen haben. Es können aber auch Urkunden zum Beweise dienen. Die Wirkung solcher Beweisführung wird jedoch zerstört, wenn ein unrechtmäßiger Anfang des gegenwärtig noch fortdauernden Zustandes in irgend einer früheren Zeit bewiesen wird.

Anm. [1] Böhmer ius eccles. II. 26. §. 35...45. Wernher obs. for. I. 4. obs. 5. Unterholzner Verjährungsl. I. §. 140...150. Pfeiffer prakt. Ausf. II. S. 3...147. Schelling die Lehre von der unvordenklichen Zeit. München 1835. Arndts Beiträge I. S. 126...160. Savigny IV. S. 480 bis 536. A. Schmidt (von Ilmenau) civ. Abh. Jena 1841. S. 169. fg. Friedländer die Lehre von der unvordenklichen Zeit. Heidelb. 1843. Heimbach im Rtslex. XII. S. 546. fg.

[2] Ueber die geschichtliche Entwicklung dieses Rechtsinstituts s. besonders Friedländer Abth. 1...3. Buchka, der unvordenkliche Besitz. Hdlbg. 1841. Der letzte will dasselbe nur aus dem deutschen Recht herleiten. Dagegen Pfeiffer in Reyscher's und Wilda's Ztschr. für deutsches Recht. VIII. 1.

[3] Ueber das Wesen der unvord. Vj. und zwar a) ob sie eine Erwerbart des Rechts sey, analog der Ersitzung? Unterholzner, Pfeiffer a. a. O., dagegen besonders Schelling, Arndts, Savigny §. 201. Vgl. Böhmer, Wernher l. c. (praesumtio iuris et de iure?). — L. 3. §. 4. D. 43. 20. Ductus aquae, cuius origo memoriam excessit, iure constituti loco habetur. L. 26. D. 39. 3. Scaevola respondit, solere eos, qui iuri dicundo praesunt, tueri ductus aquae, quibus auctoritatem vetustas daret, etsi ius non probaretur. L. 1. §. 23. ibid. Denique ait .... si tamen lex non sit agro dicta, agri naturam esse servandam et semper inferiorem superiori servire; .... si tamen lex agri non inveniatur, vetustatem vicem legis obtinere. Sane enim et in servitutibus hoc idem sequimur, ut, ubi

[d] L. 2. §. 8. D de aqua pluv. 39. 3. L. 28. D. de probat. [e] cap. 1. de praescript. in 6to. cf. L. 2. Th. Cod. de longi temp. praescript. 4. 13. L. 7. Cod. de fund. rei priv. 11. 65. L. 14. Cod. de fund. patrimon. 11. 61.

servitus non invenitur imposita, qui diu usus est servitute, neque vi neque clam neque precario, habuisse longa consuetudine vel ex *(velut?)* iure impositam servitutem videatur. cap. 1. in 6to de V. S. „.... nisi tanti temporis allegetur praescriptio, cuius contrarii memoria non existat.“ — b) welchen Arten von Rechten die unvordenkliche Zeit zum Schutze diene? nur Rechten von publicistischem Charakter, beziehungsweise Befreiungen davon? Savigny S. 484. 509...514. Friedländer II. S. 67. fg. Dagegen Arndts S. 156. fg. Dollmann in Seuffert's Blättern für Rtsanw. VII. S. 339...341. Puchta §. 77. not. c. Seuffert's Arch. V. 250. VI. 144. c) ob die unvord. Zeit immer nur den Beweis eines Privilegiums, einer lex specialis, vertrete? Friedländer II. S. 63. Dagegen Arndts a. a. O. — Diesen Streitfragen entgeht die neuere Gesetzgebung dadurch, daß sie das ganze Institut über Bord geworfen. Unger II. S. 256.

4 Ueber den Beweis der Unvordenklichkeit: L. 2. §. 8. D. de aqua pluv. Idem Labeo ait, quum quaeritur, an memoria extet facto opere, non diem et consulem ad liquidum exquirendum, sed sufficere, si quis sciat factum, hoc est, si factum esse non ambigatur; nec utique necesse esse, superesse qui meminerint, verum etiam si qui audierint eos qui memoria tenuerint. — L. 28. D. de probat. Si arbiter animadvertere debeat, an operis facti memoria extet, hoc ei quaerendum est, an aliquis meminerit, id opus factum esse. Paulus: imo quum in arbitrio quaeritur, memoria facti operis extet necne, non hoc quaeritur, num aliquis meminerit, quo die aut quo consule factum sit, sed num hoc aliquo modo probari possit, quando id opus factum sit: et hoc ita, quod Graeci dicere solent, ἐν πλάτει enim potest hoc memoria non teneri; intra annum puta factum, quum interim nemo sit eorum, qui meminerit, quibus consulibus id viderit. Sed quum omnium haec est opinio, nec audiisse nec vidisse, quum id opus fieret, neque ex iis audiisse, qui vidissent aut audiissent; et hoc infinite susum versum accidet, quum memoria facti operis non extaret. cf. Basil. XXII. 1. l. 28. u. Schol. ad h. l. Heimb. vol. II. p. 480. Friedländer II. S. 70. 74. — Emendationen: *accidit, tum memoriam .... non extare.* Savigny; *ἐν πλάτει. potest enim,* oder *ἐν πλάτει. ἐν πλάτει enim potest hoc memoria hominum teneri .... accidet; tum mem.* etc. Puchta §. 77. not. d.; *et hoc ita (quod Graeci dicere solent): ἐν πλάτει, etenim potest hoc memoria teneri, nonum intra annum ... nemo sit coram, qui meminerit .... Sed nec vidisse se nec audiisse, cum id opus fieret .... accidet: tum memoria operis facti non extabit.* Huschke in Linde's Ztschr. n. F. IV. S. 301...305. — Vgl. Pufendorf obs. I. 151. II. 55. Pfeiffer §. 8...18. Schelling S. 123...146. Arndts S. 157...160. Savigny S. 517...527. 531...535. Ueber den Eid als Beweismittel der Unvordenklichkeit Pufend. II. 55. Savigny S. 524. fg. Dollmann a. a. O. S. 342...344.

Fünftes Capitel.

Ausübung und Schutz der Rechte.

§. 92.

I. Ausübung der Rechte.

Ausübung eines Rechts ist thatsächliche Aeußerung der Willensherrschaft, welche sich Jemand in Ansehung eines Gegenstandes beilegt, bestehend in Handlungen, zu welchen das Recht die Befugniß gibt. Gewisse Rechte, namentlich Forderungen, werden durch deren volle Ausübung selbst zerstört, andere, z. B. dingliche Rechte, sind von der Art, daß eine fortdauernde Ausübung derselben, ohne Erschöpfung ihres Inhaltes, stattfindet. Die Ausübung des Rechts, ganz oder theilweise, steht im Belieben des Berechtigten [a]; nur hat fortgesetzte Nichtausübung häufig den Verlust des Rechts zur Folge (§. 87). Auch ist meistentheils [1] Ausübung durch Stellvertreter zuläßig [b]. Die Ausübung des Rechts ist ungehindert, wenn sie auch Andern zum Nachtheil gereicht und dem Berechtigten selbst keinen Vortheil bringt [c]. Doch wird in manchen Verhältnissen [2] eine dem Berechtigten nutzlose, einem Andern schädliche Ausübung als unbillig oder unsittlich nicht gestattet [d]. Es ist aber möglich, daß verschiedene Rechte in der Art zusammentreffen, daß die Ausübung des einen durch die Ausübung des andern ganz oder zum Theil ausgeschlossen wird, Collision der Rechte [3]. Alsdann kann jeder sein Recht vollständig ausüben, soweit es ihm thatsächlich möglich ist; daher wird derjenige, dem der Andere zuvorgekommen ist, in der Ausübung seines Rechts gehindert [e]; sonst kann jeder nur beschränkt durch die Mitausübung des andern sein Recht ausüben [f]; in manchen Fällen muß das Loos entscheiden [g]. Wenn dagegen Jemand unbefugt die Ausübung eines Rechts sich anmaßt, oder einen andern darin beeinträchtigt, so ist eine Rechtsverletzung vorhanden, gegen welche diesem Schutz zu gewähren ist.

[a] L. 156. pr. §. 4. D. de R. J. cf. L. 21. 213. ibid. Cod. ut nemo invitus agere cogatur. 3. 7. [b] cap. 68. in 6to de R. J. [c] L. 55. 151. 155. §. 1. D. de R. J. L. 26. D. de damno inf. 39. 2. L. 9. D. de s. p. u. 8. 2. [d] L. 38. D. de rei vind. 6. 1. L. 1. §. 5. L. 2. §. 5. 9. D. de aqua pluv. 39. 3. cf. §. 2. J. de his qui sui v. al. iur. 1. 8. [e] L. 6. §. 7. L. 24. D. quae in fraud. cred. 42. 8. L. 10. D. de pign. 20. 1. L. 5. in f. D. commod. 13. 6. [f] L. 6. §. 7. cit. [g] §. 23. J. de legat. 2. 20. L. 14. D. de iud. 5. 1. L. 5. D. fam. erc. 10. 2. L. 24. §. 17. D. de fid. libert. 40. 5.

Anm. [1] Zu allgemein sagt cap. 68. not. b. cit. „Potest quis per alium quod potest facere per se ipsum".

[2] L. 38. D. 6. 1. Neque malitiis indulgendum est, si tectorium puta, quod induxeris, picturasque corradere velis, nihil laturus nisi ut officias. Aber die Regel ist: qui iure suo utitur, nemini facit iniuriam; falsch der Satz: quod mihi prodest et tibi non nocet, ad id potes compelli. Wächter Hdb. II. S. 194.

[3] Darüber vgl. Thibaut Vers. II. 14. Kierulff I. S. 230 . . . 240. Böcking Inst. I. §. 128. Keine wahre Collision der Rechte ist es: a) wenn ein Recht durch sein Bestehen die Entstehung eines andern hindert, indem nicht beide zugleich begründet sein können; b) wenn es nur zweifelhaft ist, welcher von mehreren Personen ein ausschließendes Recht zustehe; oder c) für das eine Recht die thatsächlichen Voraussetzungen seiner Existenz und Wirksamkeit nicht gegeben sind; oder d) die gleichzeitig begründeten Rechte nicht von gleicher Stärke sind, oder das eine zum andern im Verhältniß einer Ausnahme oder Beschränkung steht; oder e) die Rechte in ihrem Inhalt nicht wirklich zusammentreffen. — Privilegiatus contra aeque privilegiatum iure suo non utitur?

§. 93.

II. Sicherung der Rechte.

Die Möglichkeit einer Verletzung gibt Anlaß zu besondern juristischen Maßregeln, um die künftige Geltendmachung von Rechtsansprüchen und Erfüllung der entsprechenden Verbindlichkeiten zu sichen, Cautionen im weitern Sinn. Zu diesem Zweck können

1) Privatrechtsgeschäfte dienen, Cautionen im eigentlichen Sinn [a], welche entweder nur eine größere Sicherheit rücksichtlich der rechtlichen Begründung und insofern eine Erleichterung der etwa nothwendig werdenden gerichtlichen Verfolgung eines Rechtsanspruchs gewähren, Verbalcautionen, oder zugleich auch sichernde Mittel der Verwirklichung desselben darbieten, Realcautionen [1]. Das erste kann geschehen entweder a) durch bloßen Vertrag mit dem Verpflichteten, repromissio von Seiten desselben [b], daher promissorische Caution, nach römischem Recht in Stipulationsform, woraus denn eine neue Klage (actio ex stipulatu) hervorgeht, deren Durchführung noch insbesondere durch eine darüber ausgefertigte Urkunde (ebenfalls cautio genannt, cautio exposita [c]) gesichert werden

[a] Dig. de stipulationibus praetoriis. 46. 5. et sqq. 6 . . . 8. cf. Inst. de divisione stip. 3. 19. D. qui satisdare cogantur vel iurato promittant vel suae promissioni committantur. 2. 8. Inst. de satisdationibus 4. 11. Cod. de satisdando. 2. 57. [b] L. 1. §. 4 . . . 8. D. h. t. 46. 5. L. 2. §. 3. D. quod legat. 43. 3. [c] L. 25. §. 4. D. de probat. 22. 3.

kann; oder b) durch eidlich bestärktes Versprechen, welches den Verpflichteten wenigstens im Gewissen stärker bindet, cautio juratoria [d]. Das andere kann geschehen, entweder α) durch Bürgschaft, wodurch dem Berechtigten die Möglichkeit gegeben wird, nöthigenfalls noch andere Personen, als den eigentlich Verpflichteten, wegen Befriedigung seiner Ansprüche zu belangen (cautio fideiussoria, satisdatio [e]), oder β) durch Pfandrechte, vermöge deren ihm der Werth bestimmter Sachen für seine Befriedigung Sicherheit gibt (cautio pigneratitia) [f]. Auch kann γ) einer befürchteten Verletzung vorgebeugt werden durch Hinterlegung eines Gegenstandes bei einem Nichtbetheiligten, apud sequestrem, daher Sequestration [g]. Die Verbindlichkeit zur Cautionsleistung aber kann entweder durch Privatwillen, Vertrag oder letztwillige Verfügung, begründet seyn, cautio voluntaria, oder durch Rechtsvorschrift [2], cautio necessaria [h]. Die Art der zu leistenden Caution bestimmt sich durch die Auslegung der betreffenden Bestimmung [i]; manche Personen sind aber in dieser Beziehung gesetzlich begünstigt [3].

2) Richterliche Verfügungen, und zwar a) missio in possessionem, Immission, Besitzeinweisung, d. i. ein richterliches Decret, wodurch Jemand ermächtigt wird, zur Sicherung von Rechtsansprüchen sich in den Besitz eines fremden Vermögens oder einzelner Vermögensgegenstände zu setzen, missio in possessionem bonorum oder rei [k]. Der Immittirte hat ein Recht auf Detention des Gegenstandes zum Zweck der Bewahrung und Beaufsichtigung [l], so lange der Grund der Immission besteht [4], und wird darin durch besondere Rechtsmittel geschützt [m]. b) Arrest (Civilarrest), d. i. eine richterliche Verfügung, wodurch Jemand zur Sicherung von Rechtsansprüchen eines Andern zeitweise in seiner persönlichen Freiheit oder in der Verfügung über Vermögensgegenstände beschränkt wird, Personal- oder Realarrest. Eine Art von Arrest ist die richterlich verfügte Sequestration [n], sequestratio necessaria [5].

[d] §. 2. J. h. t. 4. 11. [e] L. 1. D. h. t. 2. 8. L. 7. D. h. t. 46. 5. cf. L. 61. 188. §. 1. D. de V. S. [f] L. 4. §. 8. D. de fid. libert. 40 5. L. 1. §. 9. D. de collat. 37. 6. [g] L. 7. §. 2. D. h. t. 2. 8. [h] L. 7. §. 1. D. h. t. 2. 8. [i] L. 3. Cod. de V. S. 6. 38. L. 4. § 8. D. cit. cf. not. e. [k] Dig. quibus ex causis in possessionem eatur. 42. 4. cf. L. 4. D. de iurisd. 2. 1. X. de eo qui mittitur in possessionem causa rei servandae. 2. 15. in 6to 2. 7. [l] L. 12. D. h. t. L. 10. §. 1. D. de poss. 41. 2. [m] Dig. ne vis fiat ei, qui in possessionem missus erit. 43. 4. [n] L. 7. in f. D. qui satisd. 2. 8. L. 22. §. 8. D. soluto matr. 24. 3. L. 3. §. 6. D. de lib. exhib. 34. 30. L. 21. §. 3. D. de appellat. 49. 1. cf. L. un. Cod. de prohibita sequestr. pecun. 4. 4. X. de sequestratione possessionis et fructuum. 2. 17. Clem. 2. 6.

Anm. [1] Man hat die Sicherungsmittel der ersten Art, in sofern sie dazu dienen, die Proceßführung bis zum Urtheil zu erleichtern, processualische, die der zweiten Art, in sofern sie den materiellen Erfolg des als begründet anerkannten Rechtsanspruches zu sichern dienen, materielle Sicherungsmittel genannt. Bähr, die Anerkennung als Verpflichtungsgrund (Cassel 1855), §. 1. 2.

[2] Hierauf beziehen sich folgende Unterscheidungen: pr. J. h. t. 3. 18. Stipulationum aliae sunt iudiciales, aliae praetoriae, aliae conventionales: aliae communes tam praetoriae quam iudiciales. §. 1. Judiciales sunt dumtaxat, quae a mero iudicis officio proficiscuntur, veluti de dolo cautio .... §. 2. Praetoriae, quae a mero praetoris officio proficiscuntur, veluti damni infecti vel legatorum: praetorias autem stipulationes sic exaudiri oportet, ut in his contineantur etiam aediliciae; nam et hae a iurisdictione veniunt. §. 3. Conventionales sunt, quae ex conventione utriusque partis concipiuntur, id est, neque iussu iudicis neque iussu praetoris, sed ex conventione contrahentium .... §. 4. Communes stipulationes sunt, veluti: rem salvam fore pupilli (nam et praetor iubet rem salvam fore pupilli caveri, et interdum iudex, si aliter expediri haec res non potest) vel de rato stipulatio. — L. 1. pr. D. h. t. 46. 5. Praetoriarum stipulationum tres videntur esse species, iudiciales, cautionales, communes. §. 1. Judiciales eas dicimus, quae propter iudicium interponuntur, ut ratum fiat, ut iudicatum solvi, et ex operis novi nuntiatione. §. 2. Cautionales sunt autem, quae instar actionis habent, et, ut sit nova actio, intercedunt, ut de legatis stipulationes, et de tutela, et ratam rem haberi, et damni infecti. §. 3. Communes sunt stipulationes, quae fiunt iudicio sistendi causa. §. 4. Et sciendum est, omnes stipulationes natura sui cautionales esse; hoc enim agitur in stipulationibus, ut quis cautior sit et securior interposita stipulatione. Vgl. Schlayer von d. Cautionen im Civilprocesse, in Linde's Ztschr. n. F. IX. 1. 7. 10. Schirmer über die prätorischen Judicialstipulationen, mit besonderer Berücksichtigung der cautio iudicatum solvi, eine rechtshistorische Abhandlung, Greifswalde 1853.

[3] Der Fiscus und Stadtgemeinden (respublicae) brauchen bei gesetzlicher Cautionspflicht nur promissorische Caution zu leisten, wo sonst Realcaution gefordert wird. L. 1. §. 18. L. 6. §. 1. D. ut legat. serv. 36. 3. L. 3. §. 5. D. si cui plus. 35. 3. cf. L. 2. §. 1. D. de fundo dot. 23. 5. „fiscus semper idoneus successor et solvendo." Bei Proceßcautionen wird bloß juratorische Caution statt der realen gestattet solchen Personen, welche die letzte nicht zu leisten vermögen, nov. 112. cap. 2. (jedoch wird hier ein beweglicher Streitgegenstand sequestrirt, L. 7. §. 2. D. h. t. 2. 8.); ferner dem Besitzer eines hinlänglichen unbeweglichen Gutes, wenn auch nur zu emphyteutischem Recht, L. 15. D. l. c. L. 26. §. 6. Cod. de episcop. aud. 1. 4. L. 4. §. 1. Cod. de sportulis. 3. 2., nach der Praxis auch wohl den Besitzern gewisser Sachgesammtheiten, und nach römischem Recht den personae illustres und gewissen hohen Beamten, L. 17. Cod. de dignitat. 12. 1. L. 12. pr. Cod. de prox. scrin. 12. 19. L. 3. §. 3. Cod. de priv. schol. 12. 30.

[4] In einem Falle (damni infecti nomine) kann eine zweite Immission

(ex secundo decreto) erfolgen, mit stärkeren Wirkungen, L. 7. pr. L. 15. §. 16. sqq. D. de damno inf. 39. 2. Unpassender Weise ist dies auch auf andere Fälle angewendet worden. Vgl. überhaupt Bachofen röm. Pfandr. I. S. 281 ... 480.

5 Eine gründliche Untersuchung darüber (vgl. oben zu not. g.): Muther, Sequestration und Arrest im römischen Recht. Leipzig 1856. Vgl. Brinz in d. krit. Ueberschau IV. S. 303. fg.

§. 94.

III. Selbsthülfe.

Sein gutes Recht darf man gegen Verletzung auch durch eigene Macht schützen [a], sofern diese nicht durch Rechtsvorschrift beschränkt ist und an sich rechtswidriger Handlungen sich enthält. Selbst Gewalt anzuwenden ist erlaubt zur Abwehr einer versuchten rechtswidrigen Aenderung bestehender Verhältnisse [b], sofern jene nur in den Schranken der Vertheidigung gegen drohendes Unrecht bleibt, d. i. Nothwehr, moderamen inculpatae tutelae [c]. Unerlaubt aber ist es, zur Befriedigung einer Forderung Sachen des Schuldners ohne dessen Willen und ohne richterliche Ermächtigung in Besitz zu nehmen; solche Eigenmacht soll nach einem decretum divi Marci [d] die Forderung selbst vernichten; und dasselbe ist auch angenommen, wenn der Gläubiger den Schuldner zwingt, ihm etwas zu geben [e], oder zu jenem Zweck der Sache eines Dritten sich bemächtigt [f] oder der Kinder des Schuldners [g]. Nach einem andern Gesetz soll, wer sich eigenmächtig in den Besitz einer bisher von einem Andern besessenen Sache setzt, um sein Recht an derselben geltend zu machen, dieses Rechts zum Vortheil des Andern verlustig seyn, und, wenn er kein Recht hatte, nebst der Sache selbst auch noch deren Werth an diesen herausgeben [h]. Eine Ausnahme jedoch erleiden diese Bestimmungen, wenn die Eigenmacht wegen Unzulänglichkeit der richterlichen Hülfe angewendet wurde, um einen sonst drohenden unwiederbringlichen Verlust abzuwenden [i].

[a] L. 29. §. 1 D. ad leg. Aquil. 9. 2. [b] L. 1. §. 4. L. 3. D. de iust. et iure. 1. 1. L. 4. pr. 5. 45. §. 4. L. 52. §. 1. D. ad leg. Aquil. 9. 2. L. 1. §. 27. 28. L. 3. §. 9. L. 17. D. de vi. 43. 16. L. 1. Cod. quando liceat sine iudice vindicare se 3. 27. [c] L. 1. Cod. unde vi. 8. 4. cap. 18. X. de homicid. 5. 12. [d] L. 7. D. ad leg. Jul. de vi priv. 48. 7. L. 13. D. quod met. c. 4. 2. [e] L. 12. §. 2. L. 13. D. l. c. 4. 2. [f] nov. 52. cap. 1. [g] nov. 134. cap. 7. [h] L. 7. Cod. unde vi. 8. 4. (a. p. Chr. 389). §. 1. J. vi bon. rapt. 4. 2. §. 6. J. de interd. 4. 15. cf. L. 10. Cod. l. c. cap. 18. de praebend. in 6to. 3. 4. KGO. v. 1521. Tit. 32. §. 2. RA. v. 1532. Tit. 3. §. 15. [i] L. 10. §. 16. D. quae in fraud. cred. 42. 8.

Anm. [1] Ueber das Princip dieser Lehre: ob die Selbsthülfe als solche a priori, also der Regel nach, als Unrecht zu betrachten? Linde Ztschr. I. 21. Dagegen Benfey im Rh. Mus. VII. 1. Vgl. Puchta Vorles. I. S. 165. „Das Princip — Eigenmacht und Selbsthülfe seyen an sich schon etwas Widerrechtliches — .... ist ein modernes Princip, dem System des Zuvielregierens und Bevormundens entstanden, dem wir am wenigsten im Privatrecht freien Spielraum geben dürfen."

[2] Das decretum Divi Marci findet sich zweimal in Justinians Digesten, beidemal derselben Schrift entnommen (Callistrat. lib. V. cognit.), aber dennoch in verschiedener Fassung, also einmal sicher interpolirt. L. 7. D. 48. 7. Creditores si adversus debitores suos agant, per iudicem id, quod deberi sibi putant, reposcere debent. Alioquin si in rem debitoris sui intraverint, id nullo concedente, Divus Marcus decrevit, ius crediti eos non habere. Verba decreti haec sunt: *Optimum est, ut, si quas putes te habere petitiones, actionibus experiaris; interim ille in possessione debet morari, tu petitor es;* et quum Marcianus diceret: *vim nullam feci*, Caesar dixit: *tu vim putas esse solum, si homines vulnerentur? Vis est et tunc, quoties quis id, quod deberi sibi putat, non per iudicem reposcit; non puto autem nec verecundiae nec dignitati tuae convenire, quidquam non iure facere. Quisquis igitur probatus mihi fuerit, rem ullam debitoris non ab ipso sibi traditam sine ullo iudice temere possidere, eumque sibi ius in eam rem dixisse, ius crediti non habebit.* — L. 12. §. 2. D. 4. 2. (Ulpian. ad Ed.) Julianus ait eum, qui vim adhibuit debitori suo, ut ei solveret, hoc edicto non teneri, propter naturam metus causa actionis, quae damnum exigit; quamvis negari non possit, in legem Juliam eum de vi incidisse et ius crediti amisisse. L. 13. ibid. (Callistrat.) Extat enim decretum D. Marci in haec verba: *Optimum est, ut si quas putas te habere petitiones, actionibus experiaris.* Quum Marcianus diceret: *vim nullam feci*, Caesar dixit: *tu vim putas solum, si homines vulnerentur? Vis est et tunc, quoties quis id, quod deberi sibi putat, non per iudicem reposcit. Quisquis igitur probatus mihi fuerit, rem ullam debitoris vel pecuniam debitam, non ab ipso sibi sponte datam, sine ullo iudice temere possidere vel accepisse, isque sibi ius in eam rem dixisse, ius crediti non habebit.* Vgl. Linde und Benfey a. a. O. Sartorius in Linde's Ztschr. XX. 1. Mit Unrecht wird behauptet, daß das Decret sich nur auf bewegliche Sachen beziehe (Linde), daß es nicht auf den Schuldgegenstand selbst sich beziehe und nicht auf eine obligatio ex delicto anwendbar sey (Sartorius), daß der Verlust der Forderung nur per exceptionem eintrete (derselbe), und daß eine naturalis obligatio bestehen bleibe (derselbe und Benfey). Ohne praktisches Interesse ist der Streit, ob dasselbe auch Anwendung finde auf denjenigen, der nur glaubte eine Forderung zu haben, was Sart. mit untriftigen Gründen darzuthun sucht. Ueber Anwendung des Decrets bei zweiseitigen Obligationen vgl. Burchardi im civ. Arch. XVIII. 16. — Für die heutige gemeinrechtliche Anwendbarkeit dieser Privatstrafen: Linde S. 431. fg. Vang. §. 133. a. E. vgl. not. h. a. E. Dagegen: Schäffer's Arch. I. S. 20. not. 13. „Ein Präjudiz des O.-A.-Gerichts zu Darmstadt spricht

aus: Die Privatstrafen, mit welchen das decretum D. Marci und die spätern hierauf Bezug habenden römischen Gesetze die Selbsthülfe bedrohen, finden bei uns keine Anwendung"; vgl. bayr. Strafgesetzbuch Anm. zu Art. 420. Seuffert's Arch. I. 220. vgl. X. 5.

IV. Gerichtliche Geltendmachung der Rechte.

§. 95.

Der regelmäßige Weg, auf welchem Rechte gegen Bestreitung und Verletzung Anderer geltend zu machen sind, ist Anrufung der richterlichen Gewalt des Staates, der Rechtsweg. Diese hat zunächst über das Daseyn eines Rechts, sofern es streitig ist, zu entscheiden, und alsdann erforderlichen Falls auch durch Zwang Achtung dem anerkannten Rechte und Erfüllung der entsprechenden Verbindlichkeit zu erwirken. Dies ist die Aufgabe der bürgerlichen Rechtspflege. Die Thätigkeit der richterlichen Gewalt in dieser Sphäre muß aber angeregt werden durch Anrufung ihres Beistandes von Seite desjenigen, welcher in einem Rechte sich verletzt glaubt (Klage); worauf denn auch die Einwendungen der Gegenpartei zu vernehmen und durch weitere Verhandlung die Streitpunkte festzustellen sind (Einrede, Replik u. s. w.). Alsdann muß die Wahrheit der behaupteten, aber noch streitigen Thatsachen, aus denen Recht oder Unrecht der Parteien sich ergibt, dargethan werden (Beweisführung), worauf dann die richterliche Entscheidung, das Urtheil, erfolgt. Die Darstellung dieses ganzen rechtlich geordneten Verfahrens bildet den Gegenstand einer besondern Rechtslehre, des Civilproceßrechts. Aber die Streitigkeit der Rechte und die Möglichkeit gerichtlicher Geltendmachung derselben, sowie das dadurch herbeigeführte gerichtliche Verfahren hat auf die Rechte selbst wichtigen Einfluß, und insofern ist die Lehre davon zugleich eine civilrechtliche.

A. Von Klagen und Einreden[1].

§. 96.

1) Begriff und Voraussetzungen der Klagen[a].

Das Wort „Klage", actio, bezeichnet zunächst die Handlung einer Partei, wodurch die richterliche Hülfe zur Geltendmachung

[a] Just. de actionibus. 4. 6. cf. Gai. IV. 1. et sqq. Dig. de obligationibus et actionibus. 44. 7. Cod. 4. 10.

eines Rechts gegen einen bestimmten Gegner in Anspruch genommen wird, Klage im processualischen Sinn. Aber auch die mit einem Recht verbundene Möglichkeit, dasselbe auf diesem Wege geltend zu machen, wird unter Klage, actio, verstanden [b], das Klagrecht, Klage im civilrechtlichen Sinn[2], ein Zusatz des Rechts, auf welches sie sich bezieht[3]. Nur insofern für den Fall der Verletzung eine Klage gegeben ist, besteht ein Recht als vollkommen wirksames, sowie andererseits darin, daß unter bestimmten Voraussetzungen eine wirksame Klage zuerkannt wird, zugleich die Anerkennung eines Rechts, welches dadurch sich geltend mache, sich ausspricht[4]. Das Recht selbst ist der Grund der Klage; zu dieser aber wird immer auch eine Beziehung zu einem bestimmten Gegner (dem Beklagten) vorausgesetzt, gegen welchen der Berechtigte, wegen Nichtanerkennung seines Rechts oder Vorenthaltung dessen, was ihm kraft desselben gebührt, den Beistand der richterlichen Gewalt in Anspruch zu nehmen befugt ist. Insofern ist jedes Klagrecht einem obligatorischen Rechtsverhältnisse verwandt, wenn gleich nicht jede Klage eine obligatorische Leistung des Gegners bezweckt, und stellt sich jenes als der gegen einen bestimmten Gegner gerichtete Rechtsanspruch, der zu selbstständiger gerichtlicher Verfolgung geeignet ist, dar[5].

Anm. [1] Vgl. J. H. Böhmer doctrina de actionibus, zuerst 1710, neueste Ausg. Frankf. 1787., W. H. Puchta, über die gerichtlichen Klagen, besonders in Streitigkeiten der Landeigenthümer, Gießen 1833. 1840., vorzüglich aber Savigny System Bd. V. und Wächter, Erörter. II. S. 1...125. Dazu in geschichtlicher Beziehung: Keller, der röm. Civilproceß §. 12. fgg. §. 87. fgg.

[2] pr. J. h. t. Actio autem nihil aliud est, quam ius persequendi in iudicio quod sibi debetur. cf. L. 178. §. 3. D. de V. S. Hoc verbum *debuit* omnem omnino actionem comprehendere intelligitur. — Brinz §. 24. „In jedem vollkommenen Rechte (des Privatrechts) ist ein Klagrecht; von den Römern männlicher ius agendi genannt — eine Macht, sich selbsthandelnd geltend zu machen .... Wir meinen das iure agere, die Macht der gerichtlichen Geltendmachung (actio).“ Vgl. G. Hasse, über das Wesen der actio im Rh. Mus. VI. 1. 6.

[3] Dagegen Böcking Inst. §. 131. not. 1. „Unrichtig bezeichnet Puchta §. 81. (u. Arndts §. 96.) 'die Klage im materiellen Sinn' als 'das Annexum eines Rechts, einen Zusatz zu seinem Inhalt, nicht, wie Manche geglaubt haben, ein Recht für sich.' Die Klage ist im subj. Sinn als 'Klagrecht' das Recht selbst in seiner Bethätigung oder Thätigkeit, sich geltend zu machen, im obj. Sinn als

[b] pr. J. h. t. L. 51. D. h. t. cf. L. 37. pr. D. ibid. L. 178. §. 2. D. de V. S.

'Klageanstellung, Klagung' ist sie das Mittel zu jenem Zweck." Vergl. auch Demelius Untersuchungen aus dem röm. Civilrt. I. S. 128. fg.

4 Auf diese Weise sind bei den Römern (durch den Prätor) manchfaltige Rechte zur Ausbildung gekommen, welche iure civili nicht begründet waren. Man hat daher gesagt, daß nach römischer Anschauung die actio etwas Selbständiges gewesen sey, unabhängig von einem Recht, nicht Ausfluß desselben, nicht das von ihm Erzeugte. Windscheid, die Actio des römischen Civilrechts vom Standpunkte des heutigen Rechts. Düsseldorf 1856. §. 1. Allein, wenn der Prätor für gewisse Fälle verhieß: „actionem dabo", so kann man zwar wohl sagen, daß diese Verheißung, soweit sie als Rechtsnorm Bestand hatte, Rechte gewisser Art erzeugte oder vielmehr deren Möglichkeit unter bestimmten Voraussetzungen statuirte; aber die Actio, die darnach im concreten Fall Jemand beigelegt wurde, war doch nicht minder, wie in andern Fällen, Ausfluß eines Rechts, das nehmlich nach jener Rechtsnorm begründet war, dieses Recht war auch hier dann „das Prius, das Erzeugende", die Klage, die der Prätor ohne Unrecht nicht mehr versagen konnte, das Erzeugte. War Actio „die Befugniß, seinen Willen durch gerichtliche Verfolgung durchzusetzen", so ist doch vorausgesetzt, daß der Wille ein berechtigter war, und das war er kraft der in jener Verheißung der Actio enthaltenen Rechtsnorm.

5 Windscheid in der angeführten Schrift versucht den Begriff des gerichtlich verfolgbaren Anspruchs als den der heutigen Rechtsanschauung allein entsprechenden im Gegensatz der römischen selbständigen Actio geltend zu machen, und will die übliche Theorie der Klagen im civilrechtlichen Sinn ganz beseitigt haben. Vgl. dagegen Dworzak in der krit. Ueberschau V. 1. und Muther zur Lehre von der römischen Actio, dem heutigen Klagrecht u. s. w. Erlangen 1857, gegen den letzten aber wieder Windscheid, die Actio, Abwehr gegen Th. Muther. Düsseldorf 1857.

2) Arten der Klagen.

§. 97.

a) Dingliche und persönliche Klagen.

Nach Verschiedenheit des Rechts, welches der Klage zum Grunde liegt, ist sie entweder in personam actio, personalis actio, persönliche Klage, oder in rem actio, dingliche Klage [a]. Die erste ist die Klage, welche aus einer Obligatio entspringt, einem Rechtsverhältniß, das an sich schon zugleich die Person bezeichnet, gegen welche wegen Verletzung, d. i. hier wegen Nichterfüllung der Obligatio, die Klage sich richtet. Klagen, welchen ein anderes Recht zum Grunde liegt, heißen in rem actiones, nicht bloß vermögensrechtliche, zum Schutz dinglicher Rechte und des Erbrechts, actiones in rem speciales und de universitate

a §. 1. J. h. t. Gai. IV. §. 1...3. 100. 106. L. 25. pr. D. h. t. L. 36. D. de V. S.

oder generales[b], sondern auch die Klagen zur Geltendmachung von persönlichen Rechtszuständen oder Familienverhältnissen, die insbesondere Präjudicialklagen genannt werden[c]. Bei ihnen bestimmt sich die Person des Gegners erst durch die Verletzung des an sich ohne Beziehung auf diesen bestehenden Rechts; sie gehen zunächst auf Anerkennung dieses Rechts, wenn auch folgeweise zugleich auf vermögensrechtliche Leistungen des Beklagten, die sich aus der die Klage veranlassenden Verletzung des Rechts ergeben, was aber bei Präjudicialklagen, die eben deswegen so heißen[d], nicht vorkommt. Manche persönliche Klagen indessen sind darin den dinglichen verwandt, daß sie nicht auf einen bestimmten Beklagten beschränkt sind, sondern gleich jenen gegen Jeden angestellt werden können, der in ein bestimmtes Verhältniß, namentlich Besitz einer Sache, eintritt[e]; man nennt sie gewöhnlich, nach einem in einigen Fällen vorkommenden Ausdruck[f], actiones in rem scriptae.

Anm. [a] §. 1. J. h. t. Omnium actionum, quibus inter aliquos apud iudices arbitrosve de quacunque re quaeritur, summa divisio in duo genera deducitur; aut enim in rem sunt aut in personam. Namque agit unusquisque aut cum eo, qui ei obligatus est . . . .; aut cum eo agit, qui nullo iure ei obligatus est, movet tamen alicui de aliqua re controversiam, quo casu proditae actiones in rem sunt; veluti si rem corporalem possideat quis, quam Titius suam esse affirmet, et possessor dominum se esse dicat; nam si Titius suam esse intendat, in rem actio est. — Gai. IV. 1. Quot genera actionum sint: verius videtur duo esse, in rem et in personam . . . . §. 2. In personam actio est, qua agimus, quotiens cum aliquo, qui nobis . . . . obligatus est (contendimus), id est, cum intendimus dare facere praestare oportere. In rem actio est, cum aut corporalem rem intendimus nostram esse, aut ius aliquod nobis competere, velut utendi fruendi . . . .: item actio ex diverso est adversario negativa. — §. 13. J. h. t. Praeiudiciales actiones in rem esse videntur; quales sunt per quas quaeritur, an aliquis liber an libertus sit, vel de partu agnoscendo. Gai. IV. 44. Certe intentio aliquando sola invenitur, sicut in praeiudicialibus formulis, qualis est qua quaeritur aliquis libertus sit, vel quanta dos sit, et aliae complures. cf. Gai. III. 123. L. 30. D. de reb. auct. iud. poss. 42. 5. L. 1. §. 2. D. de rei vind. 6. 1. — In rem actio hatte ursprünglich wohl eine engere Bedeutung, Gai. IV. 16. 17., die sich noch darin zu erkennen gibt, daß bisweilen

[b] L. 1. pr. §. 1. D. de rei vind. 6. 1. cf. L. 25. §. 18. D. de hered. pet. 5. 3. L. 27. §. 3. D. de rei vind. 6. 1. §. 1 . . . 7. J. h. t. Gai. 4. §. 16. 17. [c] §. 13. J. h. t. [d] Gai. IV. 44. [e] L. 9. §. 8. D. quod met. 4 2. L. 3. §. 3. 15. D. ad exhib. 10. 4. L. 6. §. 5. L. 12. D. de aqua pluv. 39. 3. L. 5. §. 13. L. 7. pr. §. 1. D. quod vi. 43. 24. L. 1. §. 13. D. quod legat. 43. 3. §. 5. J. de noxal. act. 4. 8 [f] L. 9. §. 8. cit. cf. L. 4. §. 33. D. de doli exc. 44. 4. L. 1. §. 3. D. de interd. 43. 1. cf. L. 5. §. 13. cit.

darunter vorzugsweise die rei vindicatio verstanden wird, L. 23. pr. D. de rei vind. 6. 1. Derselbe Ausdruck ist aber dann allgemein zur Bezeichnung des absoluten Charakters einer Klage, im Gegensatz der persönlichen, gebräuchlich geworden, wofür sich auch anderweitig Analogien finden. L. 7. §. 8. L. 17. §. 5. D. de pactis. 2. 14. Ueber den Umfang des Begriffs, insbesondere gegen die abweichende Ausführung von Duroi im civ. Arch. V. 14. 18., vgl. Savigny §. 206. 207.; über den Gegensatz der actio in rem und in personam nach römischer und heutiger Auffassung Windscheid die Actio des röm. Civilrechts §. 2.

2 Mit Unrecht bestreitet Savigny S. 16., „daß das Daseyn oder Nichtdaseyn einer Obligatio vor der Verletzung" das „unterscheidende Moment" einer actio in personam sey, weil bei Delictsklagen „die Verletzung mit der Entstehung der Obligatio zusammenfällt"; denn vgl. S. 286. not. q., „er verwechselt die in dem Delict selbst enthaltene Verletzung mit der unterlassenen Zahlung."

3 Die persönlichen Klagen werden vorzugsweise actiones genannt, die dinglichen, und zwar auch (nicht alle) Präjudicialklagen, vindicationes, welche Benennung von dem alten Verfahren mit legis actio sacramento herrührt; die vermögensrechtlichen in rem actiones, insbesondere sofern sie auf Restitution von Seiten des Beklagten gerichtet sind, heißen petitiones im vorzüglichen Sinn, womit die petitoria formula des ältern (Formular-) Verfahrens zusammenhängt. L. 28. D. h. t. L. 178. §. 2. D. de V. S., Dig. de hereditatis petitione. 5. 3. cf. Gai. IV. 16. 92. Cic. in Verr. II. 12. Savigny S. 8. 21. 28. fg. In Betreff der confessoriae und negatoriae in rem actiones vgl. rubr. tit. D. si ususfructus *petatur* vel ad alium pertinere *negetur*. 7. 6. und si servitus *vindicetur* vel ad alium pertinere *negetur*. 8. 5. — Uebrigens hatte das ältere Recht noch eine Form der in rem actio, per sponsionem, welche dem Schein nach eine actio in personam, der That nach eine praeiudicialis actio war, die nur über das Daseyn des Rechts eine Entscheidung erzielte, indem dabei die Verurtheilung des Beklagten zu entsprechenden Leistungen noch durch eine besondere Stipulation vermittelt werden mußte. Gai. IV. 93. 94. vgl. Hasse a. a. O. S. 154. Arndts Beitr. I. S. 54 . . . 56. Keller, Civil-Proceß §. 26 . . . 29. Stintzing, über das Verhältniß der legis actio sacramento zu dem Verfahren durch sponsio praeiudicialis, Heidelberg 1853. Präjudicialklagen konnten nach R. R. überhaupt zum Zweck richterlicher Feststellung verschiedenartiger Verhältnisse oder Umstände von rechtlicher Bedeutung angewendet werden (vgl. Anm. 1.). Auch nach heutigem Recht ist die Zulässigkeit solcher Klagen zu gleichem Zweck nicht zu beanstanden. Windscheid a. a. O. S. 17. fg. Bähr, die Anerkennung als Verpflichtungsgrund S. 279. fg. In Bezug auf obligatorische Rechtsansprüche insbesondere war nach R. R. auch eine persönliche Klage auf Anerkennung von Seiten des Beklagten, welche dieser durch förmliches Versprechen zu bethätigen hatte, bloß zum Zweck der Sicherung künftiger Geltendmachung, möglich. L. 41. D. de iud. 5. 1. L. 38. pr. D. pro socio. 17. 2. Nach heutigem Recht wird auch hier schon durch das richterliche Urtheil allein dieser Zweck erfüllt, und stellt sich daher auch in diesen Fällen die Klage als eine bloße Präjudicialklage dar. Bähr a. a. O. S. 281. fg.

4 Der Ausdruck actio in rem scripta kommt in den Quellen nur einmal, nicht als technischer, vor. L. 9. §. 8. D. 4. 2. Quum autem haec actio *in rem* sit *scripta,* nec personam vim facientis coerceat, sed adversus omnes restitui velit, quod metus causa factum est, etc.; aber vgl. L. 1. §. 3. D. 43. 1. Interdicta omnia, licet *in rem* videantur *concepta,* vi tamen ipsa personalia sunt. L. 5. §. 13 D. 43. 24. Et quum interdictum sic sit scriptum: *quod vi aut clam factum est,* non ita: *quod vi aut clam fecisti,* latius porrigi. — Schmidt (von Ilmenau) Abh. I. 1. Vgl. Savigny S. 24...28. Mit Unrecht nimmt übrigens der letzte auch umgekehrt eine Ausnahme von der Regel bei einigen in rem actiones an, „die nur gegen bestimmte einzelne Personen angestellt werden können"; nämlich bei der hereditatis petitio nach L. 9. D. de her. pet. 5. 3., bei der Pauliana in rem actio nach L. 10. §. 22. D. quae in fraud. cred. 42. 8. §. 6. J. de act. 4. 6., bei der Vindication der Dotalsachen nach L. 30. Cod. de iure dot. 5. 12. Diese Fälle sind auf andere Weise zu erklären. Vgl. Arndts im Rtslex. V. S. 211. Schröter in der Zeitschr. VI. S. 141. Puchta §. 142. not. f. und unten §. 228. 411. 531.

5 Von drei Klagen, actio communi dividundo, familiae erciscundae und finium regundorum, heißt es, daß sie mixtam causam obtinere videntur, tam in rem quam in personam. §. 20. J. h. t. Diese sogenannten Theilungsklagen (iudicia divisoria) sind aber in Wahrheit actiones in personam, L. 1. §. 1. Cod. de annali except. 8. 40. L. 1. D. fin. reg. 10. 1. Jener Ausdruck erklärt sich daraus, daß nach älterem Verfahren die Formula dieser Klagen neben der in personam gerichteten Intention einen in rem lautenden Bestandtheil enthielt, wodurch der Richter zur adiudicatio ermächtigt wurde. Gai. IV. 42. §. 4...7. J. de off. iud. 4. 17. Puchta Inst. II. §. 167. not. k. Vgl. jedoch Savigny S. 36. In einem andern Sinn wird auch einmal die hereditatis petitio mixta personalis actio genannt. L. 7. Cod. de pet. her. 3. 31. Vgl. Löhr Mag. IV. 2. Arndts im Rh. Mus. II. S. 141...144.

§. 98.

b) Ersatzklagen und Strafklagen.

Unter den vermögensrechtlichen Klagen zeigt sich ein bemerkenswerther Unterschied darin, daß dieselben bald nur bezwecken, die Verletzung, welche zur Klage Anlaß gibt, wieder aufzuheben, also dem Kläger dasjenige zu verschaffen, was ihm gebührt, um sein Vermögen in dem Stande zu erhalten, in welchem dasselbe abgesehen von jener Verletzung sich befinden würde, bald vielmehr, zur Bestrafung für die begangene Rechtsverletzung, auf eine Leistung des Beklagten gerichtet sind, welche dem Kläger eine Bereicherung über jenen Bestand seines Vermögens hinaus gewährt. Klagen der letzten Art heißen Strafklagen, actiones poenales oder poenae persequendae causa comparatae; Klagen der ersten Art dagegen

sind rei persequendae causa comparatae, nach moderner Terminologie reipersecutoriae [1]; man kann sie füglich Ersatzklagen nennen, indem dadurch dem Kläger nur gewährt oder ersetzt werden soll, was ihm widerrechtlich von seinem Vermögen vorenthalten wird [2]. Es gibt aber auch Klagen, die zugleich den einen und den andern Zweck verfolgen, gemischte Klagen, mixtae actiones, id est, tam rei quam poenae persequendae causa comparatae [a]. Sowohl gemischte als reine Strafklagen können zum Gegenstande den mehrfachen Betrag des dem Kläger gebührenden Ersatzes haben, actiones in duplum, in triplum, in quadruplum [b]; bei einer gemischten Klage besteht das strafende Element in der Zugrundlegung einer den Kläger bevortheilenden Schätzung des Schadens [c]. Manche Klagen aber haben das Eigenthümliche, daß sie nachträglich noch durch einen hinzukommenden Umstand einen Strafzusatz erhalten können, entweder weil der Beklagte es bis zu richterlicher Verurtheilung [d] oder nur bis zum Proceß [e] kommen läßt, oder in Folge der Abläugnung des klägerischen Rechtsanspruchs [f], indem lis infitiando crescit in duplum [3]. Im heutigen Rechte sind indessen die meisten Strafklagen der einen und andern Art, soweit sie dieses sind, unpraktisch geworden. Vom Standpunkte des Beklagten können aber auch solche Klagen als Strafklagen angesehen werden, welche dem Kläger nur was ihm durch rechtswidrige Handlung des ersten am Vermögen entzogen ist, wieder verschaffen sollen, für ihn also nur Ersatzklagen sind [g], insofern nämlich zu diesem Zweck der Beklagte nicht bloß widerrechtlich Angemaßtes oder Gewonnenes herauszugeben, sondern selbst auf Kosten und mit Verminderung seines ursprünglichen Vermögens Ersatz zu leisten und somit als Folge seiner Rechtswidrigkeit einen positiven Verlust zu erleiden hat. Auch diese Klagen [4] heißen im weitern Sinne poenales actiones [h], im Gegensatze zu welchen sich dann der Begriff der reipersecutorischen Klagen verengt [i].

[a] §. 16...19. J. h. t. Gai. IV. 6...9. cf. §. 9. J. de lege Aquil. 4. 3. §. 1. J. de perpet. 4. 12. L. 111. §. 1. D. de R. J. L. 21. §. 5. D. de act. rer. amot. 25. 2. [b] §. 21...25. J. h. t. [c] §. 9. J. de lege Aquilia. 4. 3. [d] §. 27. J. h. t. L. 14. §. 1. D. quod met. 4. 2. L. 1. pr. D. de publicanis. 39. 4. [e] §. 19. in f. §. 26. in f. J. h. t. [f] §. 23. 26. J. h. t. §. 4. J. de obl. quasi ex contr. 3. 27. L. 7. D. de solut. 46. 3. cf. Gai. IV. 9. 171...173. Pauli sentt. I. 19. nov. 18. cap. 8. [g] L. 4. §. 6 . . . L. 7. D. de alienat. iud. mut. c. 4. 7. L. 27. §. 8. D. ad leg. Aquil. 9. 2. L. 9. §. 8. . L. 11. D. de reb. auct. iud. 42. 5. L. 1. §. 8. D. ne vis fiat. 43. 4. [h] L. 1. §. 8. D. l. c. cf. L. 26. D. de O. et A. 44. 7. [i] L. 35. pr. D. l. c. L. 1. pr. L. 3. §. 1. D. de vi. 43. 16. cf. L. 7. §. 2. D. de cond. furt. 13. 1.

Anm. [1] Vgl. Kierulff I. S. 120...130. Savigny §. 210...212. Brinz I. S. 51...54. Mit Rücksicht auf diesen Unterschied wird condemnatio in rem der condemnatio in poenam entgegengesetzt in L. 22. §. 3. Cod. de furt. 6. 2.

[2] Vgl. Brinz I. S. 52. Savigny nennt sie erhaltende Klagen. Den einen wie den andern Ausdruck verwirft Windscheid a. a. O. S. 23., und bezeichnet die actiones quae rem persequuntur nur negativ als diejenigen, welche auf etwas Anderes als Strafe gehen, oder will vielmehr vom Standpunkt des heutigen Rechts nur von einem Gegensatz von Strafansprüchen und solchen, die auf etwas Anderes als Strafe gehen, gesprochen haben.

[3] Vgl. Rudorff, über die Litiscrescenz in der Ztschr. für geschichtl. Rtsw. XIV. 9.

[4] Savigny nennt sie „einseitige Strafklagen" im Gegensatze von zweiseitigen; Sintenis §. 29. „uneigentliche Strafklage". Brinz aber will eine Ausdehnung des Begriffs der Strafklagen hier nicht zugeben, indem sich dieser überall nur darnach bestimme, ob die actio poenae nomine concepta sey, obwohl es möglich sey, daß die einmal als Poenalklage aufgestellte Actio „et rei contineat persecutionem". Die Stellen in not. g...i, mit einander verglichen, widerlegen ihn. Obwohl von der in L. 4. §. 6. cit. genannten Klage gesagt wird: „haec actio poenalis non est", so ist sie doch eben so wohl poenalis actio, wie die in den andern Stellen genannten Klagen, und in demselben Sinne, wie diese, denen sie auch in jeder Beziehung gleichgestellt wird. — Eine andere Strafwirkung war bei manchen Klagen die Infamie, daher famosae actiones (§. 31.).

§. 99.

c) Einseitige und doppelseitige Klagen.

Gewöhnlich stehen in einem Streitverhältniß beide Parteien, Kläger und Beklagter, in wesentlich verschiedener Stellung einander gegenüber; der eine will Zuerkennung eines Rechts, beziehungsweise Verurtheilung des Beklagten, dieser will Abweisung des Klägers; die Klage ist schlechthin einseitig, actio simplex. In gewissen Fällen aber nehmen beide Parteien wesentlich dieselbe Stellung ein, uterque actor est, et rei et actoris partes sustinet; die eine wie die andere kann verurtheilt werden; die Rolle des Klägers, d. i. desjenigen, qui primus ad iudicium provocavit, ist nur formell von der des Beklagten unterschieden. In Fällen dieser Art, wozu vorzüglich die drei Theilungsklagen gehören (§. 97. Anm. 5.), heißt die Klage duplex actio, doppelseitige Klage, oder mixta actio in diesem Sinn [a]. Nicht zu verwechseln damit ist der Gegensatz von directa und contraria actio,

[a] L. 37. §. 1. D. de O. et A. 44. 7. L. 10. D. fin. reg. 10. 1. L. 2. §. 3. L. 44. §. 4. D. fam. erc. 10. 2. L. 2. pr. D. de interd. 43. 1. L. 3. §. 1. D. uti poss. 43. 17. §. 7. J. de interd. 4. 15. cf. L. 13. 14. D. de iud. 5. 1. L. 2. §. 3. D. comm. div. 10. 3.

Klage und Gegenklage (nicht Widerklage im processualischen Sinn, reconventio); dieser beruht darauf, daß in gewissen obligatorischen Verhältnissen zunächst und hauptsächlich nur eine Partei, gegen welche deshalb directa actio stattfindet, verpflichtet erscheint, dieser aber aus demselben Rechtsverhältniß eine Gegenforderung erwachsen kann, die durch contraria actio einklagen mag [b]; hier sind zwei selbständige Klagen, nicht eine doppelseitige, gegeben.

Anm. Mit Unrecht behauptet Windscheid, die Actio des röm. Civilrechts S. 27., und in der Abwehr gegen Muther S. 41., daß im heutigen Recht der Charakter der actio duplex keine Bedeutung mehr habe, weil in Folge derselben der Kläger doch nicht ohne Antrag des Beklagten verurtheilt werden könne, auf Antrag desselben aber dieses in allen Fällen möglich sey, da dem Beklagten freistehe, als Reconvenient aufzutreten. Er übersieht, daß dies in Ansehung der processualischen Verhandlung einen Unterschied macht. In Ansehung der Theilungsklagen widerlegt er sich zudem selbst, indem er zugibt, daß die eine Partei auch ohne Antrag der andern zum Ersatz für das ihr Adjudicirte verurtheilt werden könne. Wäre übrigens seine Bemerkung richtig, so würde sie auch schon für das neuere römische Recht gelten.

§. 100.

d) Historisch bedeutende Eintheilungen der Klagen.

Im römischen Recht kommen noch verschiedene Eintheilungen der Klagen vor, welche theils schon im Justinianischen Recht nicht von materieller Bedeutung waren, theils im heutigen Recht solche Bedeutung nicht mehr haben. Es werden nämlich unterschieden:

1) civiles und honorariae (praetoriae, aedilitiae) actiones, nach Verschiedenheit der Rechtsquelle, wodurch sie eingeführt waren [a].

2) directa und utilis actio, je nachdem eine Klage in dem ursprünglich beschränkteren Gebiet ihrer Anwendung oder durch Anwendung auf andere Fälle in weiterm Umfang gegeben wird [b]. Die Bezeichnung einer Klage als utilis actio ist insofern bedeutend, als dadurch angedeutet wird, daß sie in ihren Wirkungen nach Analogie der vorbildlichen directa actio zu beurtheilen ist [c]. Ein verwandter Begriff ist der der in factum actiones.

[b] L. 17. §. 1. L. 18. §. 4. D. commodati vel contra. 13. 6. cf. rubr. tit. D. de pigneratitia actione vel contra. 13. 7., depositi vel contra. 16. 3., mandati vel contra. 17. 1. L. 6. §. 7. D. de his qui not. inf. 3. 2. — Contrarium iudicium in anderer antiquirter Bedeutung Gai. IV. 177...179.

[a] L. 28. pr. D. de legat. I. (30.) §. 3...12. J. h. t. Cod. de aedilitiis act. 4. 58.

[b] L. 21. D. de praescript. verb. 19. 5. §. 16. J. de lege Aquil. 4. 3. L. 47. §. 1. D. de neg. gestis. 3. 5. cf. Gai. IV. 34...37. Ulp. XXVIII. 12.

[c] L. 17. §. 3. D. de usufr. 7. 1. L. 16. 19. pr. D. de instit. act. 14. 3.

3) actiones im engern Sinn oder ordinariae, extraordinariae actiones (von denen die vermögensrechtlichen unter dem Ausdruck persecutio [d] begriffen waren), und interdicta. Diese Unterscheidung beruhte auf einer später weggefallenen Verschiedenheit des Verfahrens. Die ersten waren Klagen, in Folge deren die Entscheidung, nach der Einleitung des Rechtsstreites vor dem Magistratus (in iure), an einen Juder überging (iudicium); extraordinariae solche, bei denen der erste selbst definitiv entschied [e]. Die Interdicte aber waren ursprünglich Befehle, welche der Prätor sofort auf Antrag einer Partei erließ, ein Gebot (decretum) oder ein Verbot (interdictum im engern Sinn), welche aber, wenn der Gegner Widerspruch entgegensetzte, nur zur Einleitung und Grundlage eines weitern Verfahrens dienten [f]. Nachdem in späterer Zeit dieses Verfahren außer Gebrauch gekommen, gründeten sich nun auf die im Edict im Allgemeinen ausgesprochenen Interdicte eigene Klagen, interdicti actiones [g], die noch jetzt insbesondere Interdicte genannt werden [h]. Sie dienen theils ein materielles Recht zu schützen (proprietatis causam habent), theils einen blos factischen Zustand oder die Ausübung eines Rechts (possessionis causam habent) [i]; die ersten concurriren in einigen Fällen mit einer actio aus demselben Rechte, und werden dann in der Praxis als blos provisorische Rechtsmittel behandelt, die eine Entscheidung nur einstweilen nach bloßer Wahrscheinlichkeit bewirken, so daß nachher noch über denselben Streitgegenstand die actio stattfinde. Ihrem Zweck nach werden die Interdicte eingetheilt in prohibitoria, restitutoria und exhibitoria, sodann mixta interdicta [k], eine Unterscheidung, die sich früher auf den verschiedenen Inhalt des prätorischen Befehls bezog, materiell aber, ebenso, wie der Unterschied zwischen interdicta simplicia und duplicia [l], auch auf andere Klagen, wenn auch nicht als allgemeine Eintheilung derselben, angewendet werden kann;

4) stricti iuris und bonae fidei actiones, arbitrariae

[d] L. 178. §. 2. D. de V. S. L. 28. D. de O. et A. 44. 7. L. 2. §. 3. D. de hered. vend. 18. 4. [e] Dig. de extraordinariis cognitionibus. 50. 13. L. 17. D. de reb. cred. 12. 1. cf. L. 2. Cod. de ped. iud. 3. 3. pr. J. de succ. sublat. 3. 12. §. 8. J. de interd. 4. 15. [f] Gai. IV. 139...170. [g] pr. §. 8. J. de interdictis. 4. 15. et Theophil. ad h. l. L. 3. 4. Cod. de interd. 8. 1. L. 17. Cod. de act. emt. 4. 49. [h] Dig. de interdictis sive extraordinariis actionibus quae pro his competunt. 43. 1. Cod. 8. 1. [i] L. 2. §. 1...3. D. l. c. [k] L. 1. §. 1. D. l. c. [l] L. 2. pr. D. l. c. (§. 99. not. a.)

actiones. Der letzte Ausdruck bezeichnet eine Reihe von restitutorischen oder exhibitorischen, theils persönlichen, theils dinglichen Klagen, bei welchen nach älterm Verfahren der Richter durch einen besondern Zusatz in der Formula angewiesen wurde, zunächst zu bestimmen, was der Beklagte eigentlich zu leisten hatte, und dann erst wegen Erfolglosigkeit dieser Auflage denselben zu entsprechender Geldzahlung zu verurtheilen [m]. Diese haben aber ihre eigenthümliche Bedeutung wesentlich schon im Justinianischen und vollends im heutigen Recht verloren, indem nun die Verurtheilung des Beklagten immer zunächst auf den eigentlichen Gegenstand der Klage gerichtet und dieses Urtheil auch, soweit möglich, zwangsweise vollzogen wird, also nur subsidiär Ersatzleistung in Geld eintritt. Auch der im Justinianischen Recht noch in verschiedenen Beziehungen wichtige Unterschied zwischen stricti iuris und bonae fidei actiones, welcher in der strenger beschränkten oder freiern Behandlung und Beurtheilung der Klagsachen beruhte, und mit der strengeren oder freieren Natur der den Klagen zum Grunde liegenden obligatorischen Rechtsverhältnisse zusammenhing [n], ist im heutigen Rechte verschwunden, indem die freiere Behandlung in allen Fällen zur Regel geworden ist;

5) actiones privatae und populares. In manchen Fällen gestattet nämlich das römische Recht einem jeden Bürger, als Stellvertreter der Gesammtheit gegen den Uebertreter einer im öffentlichen Interesse gegebenen Rechtsvorschrift eine Klage anzustellen, deren Erfolg zwar zum Vortheil des Klägers ist, die ihrem Grunde nach aber nicht aus einer Privatrechtsverletzung entspringt, und daher popularis oder publica actio heißt [o]. Heutzutage sind solche Klagen nicht mehr üblich; die Obrigkeit schreitet von Amtswegen ein.

Anm. In Betreff der obigen Eintheilungen der Klagen vgl. überhaupt Keller a. a. O., insbesondere über nro. 1...3. Savigny §. 213...217., Wächter Erörtr. II. 10.; über die Interdicte Savigny's Recht des Besitzes §. 34. Bethmann-Hollweg Proceß I. §. 37. und jetzt vorzüglich K. A. Schmidt, das Interdictenverfahren der Römer, Leipzig 1852; über arbitrariae actiones Savigny §. 221...223. Wächter Erörtr. II. 9.; über bonae fidei und stricti iuris actiones (condictiones) Savigny §. 218...220. nebst Beil. XIII. XIV., Wächter II. 11. und über die heutige Anwendung Savigny §. 224. Wächter

[m] §. 31. J. h. t. cf. L. 14. §. 4. D. quod met. causa. 4. 2. L. 68. D. de rei vind. 6. 1. [n] §. 28...30. J. h. t. Gai. IV. 62 [o] Dig. de popularibus actionibus. 47. 23. cf. L. 43. §. 2. D. de procurat. 3. 3. L. 30. §. 3. D. de iurejur. 12. 2. L. 32. pr. D. ad leg. Falcid. 35. 2. L. 56. §. 3. D. de fideiuss. 46. 1. L. 12. pr. D. de V. S.

S. 122 ... 125. Sint. I. §. 29. S. 266 ... 276. Die Ansicht, daß der letztgenannte Unterschied nicht mehr praktisch sey, vertheidigt unter andern schon von Andreae, praeside Gundling, de usu practico actionum bonae fidei. Hal. 1724., in neuerer Zeit nur von wenigen, z. B. Roßhirt Ztschr. I. S. 88. fg., Liebe die Stipulation S. 93., noch angefochten, ist durch obige Ausführungen vollkommen befestigt. — Ueber die Unanwendbarkeit der Popularklagen Puchta §. 35. Böhmer de action. II. 4. §. 51. 11. §§. 17. 18. 32 ... 34. — Eine tabellarische Uebersicht aller Klagen gibt: Arbor actionum, iterum edita, illustrata ab Aloysio Brinz, Erlangae 1854.

3) Von Einreden und Gegeneinreden [a].

§. 101.

a) Begriff.

Der Beklagte kann sich gegen die Klage vertheidigen, indem er entweder 1) die Thatsachen, wodurch das angebliche Recht des Klägers begründet seyn soll, schlechthin läugnet, oder 2) andere Thatsachen anführt, aus denen sich ergibt, daß jenes Recht gleichwohl nicht entstanden oder später wieder aufgehoben sey, also gegenwärtig gar nicht bestehe, oder 3) auf ein entgegenstehendes Recht sich beruft, vermöge dessen die Klage, wenn gleich das ihr zum Grunde liegende Recht an sich bestehe, gleichwohl nicht mit Erfolg gegen ihn angestellt werden könne. Die beiden ersten Arten der Vertheidigung kommen darin überein, daß sie das gegenwärtige Daseyn des Rechts des Klägers ganz verneinen, während die letzte dem Rechte ein Recht entgegensetzt, kraft dessen die Wirksamkeit der aus jenem hervorgehenden Klage überhaupt oder zur Zeit ausgeschlossen wird. Eine Einwendung dieser Art ist Exceptio [b], Einrede im engern Sinne; im weitern Sinn begreift man im heutigen Proceßrecht unter Einrede auch Einwendungen der zweiten Art, die mit den eigentlichen Exceptionen darin zusammentreffen, daß dem Beklagten der Beweis derselben regelmäßig obliegt [c]. Exceptio im materiellen (civilrechtlichen) Sinn (ius exceptionis), entsprechend dem Klagrecht, ist also ein dem letzten entgegenstehendes Recht, wodurch dieses, wenn gleich an sich begründet, ganz oder theilweise unwirksam gemacht wird [d]. In gleicher Weise kann nun aber der Exceptio von Seiten des Klägers eine Gegeneinrede, replicatio,

[a] J. de exceptionibus. 4. 13. de replicationibus. 4. 14. Dig. de exceptionibus, praescriptionibus et praeiudiciis. 44. 1. Cod. de exceptionibus seu praescriptionibus. 8. 36. [b] pr. J. h. t. Gai. 116 ... 118. [c] L. 1. D. h. t. L. 9. 19. pr. D. de probat. 22. 3. L. 19. Cod. eod. 4. 19. cf. L. 1. Cod. ibid. [d] L. 2. pr. §. 2. D. h. t.

entgegenstehen, exceptionis exceptio oder contraria exceptio, wodurch die Wirkung der Exceptio beseitigt, also die der Klage aufrechterhalten wird, und ebenso der Replik wiederum von Seiten des Beklagten eine Duplik, duplicatio u. s. w. [e].

Anm. [1] Im ältern Verfahren, per formulas, trat das Wesen der Exceptio sichtbar hervor, indem sie als eine Ausnahme oder Beschränkung der Condemnatio ausdrücklich in die Formula eingeflochten wurde, damit der Judex darauf Rücksicht nehmen müsse; ebenso die Replicatio, als Gegensatz gegen die Exceptio, z. B.: *Si paret N. Negidium A. Agerio decem dare oportere, si inter A. A. et N. N. non convenit, ne ea pecunia peteretur, aut si postea convenit, ut eam pecuniam petere liceret, Numerium Negidium A. Agerio decem condemna;* nicht aber z. B. . . . . *dare oportere, si A. Agerio ea pecunia soluta non est*, was eine sog. exceptio solutionis seyn würde. Gai. IV. §. 40 . . . 43. 116. 119. 126. Darauf bezogen sich die Ausdrücke: postulare oder petere, und dare oder addere exceptionem u. dgl.; es war exceptio im formellen Sinn des damaligen Verfahrens. Aber das Recht der Exceptio war nicht abhängig davon, konnte vielmehr, wenn es unbestritten war, schon in iure Abweisung des Klägers (denegatio actionis) begründen, L. 7. §. 6. D. ad Sc. Maced. 14. 6. L. 9. pr. §. 5. D. de iureiur. 12. 2., und es war Regel: bonae fidei iudiciis inesse doli mali exceptionem, sc. *si non dolo malo Negidii in ea re aliquid factum sit neque fiat*, d. h. hier bedurfte es keiner formellen Exceptio. L. 21. D. soluto matr. 24. 3. L. 84. §. 5. D. de legat. I. L. 3. D. de rescind. vend. 18. 5. Fragm. Vat. §. 94. Puchta Inst. II. §. 170. Nachdem nun im neueren Verfahren Exceptionen in jenem formellen Sinn überhaupt nicht mehr vorkamen, hieß *datur exceptio* nichts anders als: es findet ein Exceptionsrecht statt. Wenn manche behauptet haben, daß im neueren römischen oder doch im heutigen Recht der Unterschied zwischen Exceptio im eigentlichen und im weitern Sinn, zwischen der Unwirksamkeit der Klage per exceptionem und ipso iure, weggefallen sey (Albrecht die Exceptionen des gemeinen Civilprocesses, München 1835. vgl. auch Völderndorf in Linde's Ztschr. u. F. XI. 10.), so beruht dieses theils auf einer Verkennung des Unterschiedes zwischen Exceptio in jenem formellen Sinn und Exceptionsrecht, theils auf unrichtiger Begrenzung des Gebietes der Exceptionen. (§. 102.) Savigny §. 225 . . . 229. Uebrigens kommen die Ausdrücke exceptio und excipere zwar auch im römischen Rechte schon bisweilen in weiterer Bedeutung vor, L. 18. §. 2. D. de probat. 22. 3. (excepit *se non respondisse*), L. 14. §. 2. Cod. de contrah. stip. 8. 38. (testes omni exceptione maiores), L. 30. Cod. de iure dot. 5. 12. (temporalis exceptio sive per usucapionem inducta sive per decem vel viginti annorum curricula); aber regelmäßig und technisch sind sie in der engern Bedeutung gebraucht. Savigny S. 162. not. f. S. 167. not. o. Gegen die Ansicht, daß die Exceptio im eigentlichen Sinn auf einem Recht des Beklagten beruhe, hat sich übrigens neuerdings mehrfacher Widerspruch erhoben; Bekker, die processualische Consumption S. 93. fg. Windscheid a.

[e] L. 22. §. 1 . . . 3. D. h. t. pr. §. 1. 2. J. h. t. 4. 14.

a. O. S. 227. Brinz I. §. 39. Allein wenn der letzte z. B. ein Recht, das der exceptio doli praeteriti zum Grunde läge, nicht zu entdecken vermag, so ist das nur erklärlich, wenn er voraussetzt, daß die betrügerische Stipulatio nichtig sey. Der Betrogene hat das Recht, vom Betrüger zu verlangen, daß er ihn vor dem Nachtheil des Betrugs bewahre, also das Recht aus jener nicht nichtigen Obligatio nicht geltend mache; er würde deshalb, wenn er ihrer bedürfte, sogar eine Klage, die actio doli, haben. Die Schlechtigkeit des klägerischen Rechts, worin Brinz hier den Grund der Exceptio findet, besteht eben darin, daß demselben jenes Recht des Beklagten gegenübersteht. Verzichtet dieser wissentlich darauf, so wird die Schlechtigkeit geheilt und das klägerische Recht aus der Stipulatio steht als vollkommenes da, während der nichtige Anspruch durch solchen Verzicht allein nimmermehr zu einem richtigen werden kann. Ebenso, wenn Bekker fragt, wo das selbständige Recht des Beklagten sey, wenn er z. B. der Klage aus der stipulatio sine causa die exceptio doli (praesentis) entgegensetze, so liegt die Antwort nahe: es ist das Recht, Befreiung von der contrahirten formellen Obligatio zu verlangen, das hier sogar wirklich durch eine Klage, die condictio sine causa, geltend gemacht werden konnte. — Gleichbedeutend mit exceptio ist im Just. Recht praescriptio, nachdem ältere formelle Verschiedenheiten weggefallen. Gai. IV. 130 . . . 137. rubr. tit. Cod. 8. 36. de exceptionibus *seu* praescriptionibus. Savigny S. 163 . . . 165. Puchta Inst. §. 171.

[2] Die replicatio konnte allenfalls auch schon duplicatio genannt werden, und die duplicatio somit triplicatio. Daher L. 2. §. 2. D. h. t. Sed et contra replicationem solet dari triplicatio, et contra triplicationem rursus (quadruplicatio), wo jedoch die Vulg. und Hal. lesen: *solet dari duplicatio et contra duplicationem tripl.* etc. cf. L. 7. §. 1. 2. D. de cur. fur. 27. 10. — Anders aber §. 1. 2. J. h. t. 4. 14. Vgl. Savigny S. 193.

§. 102. (6. 237)

b) Gründe und Arten der Einreden.

Die Einreden gründen sich zum Theil auf Regeln des Processes, meistens auf Regeln des materiellen Rechts [1]. Ein Recht, das durch Klage geschützt ist, kann nach Umständen auch durch Einrede geltend gemacht werden [a]; aber das Recht der Einrede kann auch ohne ein klagbares Recht bestehen, als bloßes Schutzmittel gegen die Klage des Andern [b]. Es kann dieser von Anfang an entgegenstehen [c], oder erst später entgegentreten [d]. Es kann die Klage entweder nur für eine gewisse Zeit oder unter gewissen Umständen hindern, dilatoria oder temporalis exceptio, verzögerliche Einrede, oder dieselbe für immer ausschließen, peremtoria

[a] L. 1. §. 4. D. de superfic. 43. 18. L. 156. §. 1. D. de R. J. [b] L. 1. §. 4. D. de dolo. 4. 3. L. 7. pr. §. 4. D. de pactis. 2. 14. [c] §. 1. J. h. t. 4. 13. [d] §. 2. J. l. c.

oder perpetua exceptio, zerstörliche Einrede [e]. — In der Regel stehen die Einreden in solcher Verbindung mit dem die Klage begründenden Verhältniß, daß sie Jedem zustehen, welcher wegen desselben als Rechtsnachfolger oder accessorisch Verpflichteter belangt wird, sie sind exceptiones rei cohaerentes [f]; ausnahmsweise kommen aber auch exceptiones personae cohaerentes vor, die nur auf eine bestimmte Person sich beschränken [g]. Umgekehrt sind die Exceptionen regelmäßig auch in der Beziehung absolut wirksam (in rem), daß sie jedem entgegenstehen, welcher den durch sie ausgeschlossenen oder beschränkten Rechtsanspruch erhebt; aber es gibt Exceptionen, die auch in dieser Beziehung nur in personam gehen [h].

Eine Einrede von sehr umfassender Anwendung ist die Einrede widerrechtlichen Begehrens, doli exceptio. Sie beruht darin, daß nach den vorliegenden Umständen der Kläger, indem er seinen Anspruch verfolge, nicht redlich handle; daher können die meisten aus dem materiellen Recht entspringenden Einreden in eine doli exceptio übergehen [i]. Verschieden von dieser sog. exceptio doli generalis ist die exceptio doli [k], die sich auf einen früher geübten Betrug des Klägers gründet, die sog. exceptio doli specialis [2]. Eine Anwendung der ersten ist es, wenn der Beklagte, auf Herausgabe einer Sache belangt, diese verweigert, sofern ihm nicht für Gegenansprüche, die damit in Verbindung stehen, Befriedigung geboten wird [l]; die Befugniß dazu pflegt man als Retentionsrecht zu bezeichnen [3].

Anm. [1] Exceptionen, wie Actionen, sind sowohl durch das Civilrecht im engern Sinn, wie durch das prätorische Recht eingeführt, durch das letzte vorzüglich, um die Billigkeit gegen das strenge Recht zu wahren, §. 7. J. h. t. Gai. IV. 118. cf. L. 3. D. h. t.; und es können Exceptionen der einen Art Klagen der andern Art gegenüberstehen. Savigny S. 169...173. Auch werden utiles und in factum exceptiones genannt, analog den actiones utiles und in factum. L. 21. D. de praescript. verb. 19. 5. §. 1. J. h. t. L. 4. §. 16.

[e] L. 2. §. 4. L. 3. D. h. t. §. 8...11. J. h. t. Gai. IV. 120...125. cf. L. 13. 16. 18. D. h. t. Gai. §. 133. [f] §. 4. J. de replicat. 4. 14. L. 7. §. 1. L. 19. D. h. t. L. 11. Cod. h. t. L. 2. §. 2. D. de doli exc. 44. 4. L. 3. D. de exc. rei vend. 21. 3. [g] L. 7. pr. D. h. t. §. 4. J. cit. in f. cf. L. 24. 25. D. de re iud. 42. 1. L. 21. §. 5. . . . L. 26. D. de pactis 2. 14. [h] L. 4. §. 27...29. 31. 33. D. de doli exc. 44. 4. [i] L. 2. §. 3 ...5. L. 8. 12. D. de doli exc. 44. 4. [k] L. 2. §. 1. D. l. c. [l] L. 4. §. 9. L. 14. D. l. c. §. 30. 32...34. J. de rer. div. 2. 1. L. 50. §. 1. D. de her. pet. 5. 3. L. 13. §. 8. D. de act. emti. 19. 1. — cf. L. un. Cod. etiam ob chirographariam pecuniam pignus teneri posse. 8. 27.

32. D. de doli exc. 44. 4. — Eine Reihe der wichtigsten Exceptionen sind näher erörtert bei Brinz I. §. 41...48.

[2] Der Unterschied zwischen der einen und andern Art der doli exceptio gab sich in der Formel zu erkennen: a) *si in ea re nihil dolo malo A. Agerii factum sit;* b) *si in ea re nihil dolo A. Agerii fiat*; oder beides vereinigt c) *si in ea re nihil dolo malo A. Agerii factum sit neque fiat.* Gai. IV. 119. — L. 2. §. 5. D. de doli exc. 44. 4. Et generaliter sciendum est, ex omnibus in factum exceptionibus doli oriri exceptionem, quia dolo facit, quicunque id, quod quaqua exceptione elidi potest, petit; nam etsi inter initia nihil dolo malo facit, attamen nunc petendo facit dolose, nisi talis sit ignorantia in eo, ut dolo careat. Hänel im civ. Arch. XII. S. 422.

[3] Ueber das Retentionsrecht, als eine vermeintliche Wirkung des Besitzes, vgl. Schenk, die Lehre vom Retentionsrechte. Jena 1837; desgl. Luden, Jena 1839; Cramer im civ. Arch. XXXVII. 12.; eine Art der Selbsthülfe? Mühlenbruch §. 136. Dagegen Puchta §. 94. not. b. Böcking Inst. §. 127. 129. not. 16. Vgl. Lenz im Rtslex. IX. S. 377. fg. Großkopf vom Retentionsrechte. Oldenburg 1858. Retentionsrecht überhaupt die Befugniß, eine schuldige Leistung einstweilen vorzuenthalten, wegen Anspruchs auf eine Leistung von der anderen Seite: Dernburg Compensation S. 13. fg. Ueber die Wirkung der Retentionseinrede in diesem Sinn: Zaun im Arch. für pract. Rtsw. IV. 17.

4) Endigung von Klagen und Einreden.

§. 103.

Klagen und Einreden müssen nach der Natur der Sache erlöschen, wenn das ihnen zum Grunde liegende Recht oder wenn das sie veranlassende thatsächliche Verhältniß zum Gegner, d. i. bei Klagen die Verletzung, aufhört. Als Endigungsgründe, welche zunächst die Klage oder Einrede treffen, aber freilich mittelbar auch das Recht entweder in seiner Wirksamkeit beschränken oder auch ganz aufheben, sind, abgesehen von der Einwirkung des Processes, wovon §§. 113. 116., hier besonders hervorzuheben: der Tod einer Partei, die Durchführung einer von mehreren concurrirenden Klagen, und die Verjährung.

§. 104.

a) Tod einer Partei.

Dieser hebt die Klagen, sofern nicht Grund oder Anlaß derselben dadurch wegfällt, regelmäßig nicht auf. In Betreff vermögensrechtlicher Klagen ist Regel: actiones heredi et in heredem competunt [a]. Jedoch gehen 1) auf Seiten des Klagberechtigten,

[a] J. de perpetuis et temporalibus actionibus et quae ad heredes et in heredes transeunt. 4. 12.

activ, gewisse Klagen nicht auf den Erben über, welche, obgleich auf ein vermögensrechtliches Object gerichtet, doch ihrem Grunde nach vielmehr auf Genugthuung für persönliche Unbilde gehen [b], sog. actiones vindictam spirantes [1]; 2) auf Seiten des Beklagten gehen Klagen aus Delicten nicht gegen den Erben, soweit sie auf eine eigentliche Strafe gerichtet sind [c], und selbst, soweit sie Entschädigung zum Gegenstande haben, nach römischem Recht nur in dem Maße, als durch das Delict des Erblassers dem Erben etwas zugekommen ist [d], nach heutigem Recht jedoch [e], soweit der Betrag der Erbschaft reicht [2]. Diese Beschränkungen des activen oder passiven Uebergangs der Klagen auf die Erben fallen weg nach Beginn des Rechtsstreites (§. 113.).

Auch Einreden werden nur ausnahmsweise durch den Tod aufgehoben, sofern sie personae cohaerentes sind oder nur in personam gehen (§. 102).

Anm. [1] Den Gesichtspunkt dafür deutet an L. 28. D. de iniur. 47. 10. Iniuriarum actio in bonis nostris non computatur, antequam litem contestemur. Die Bezeichnung ist veranlaßt durch L. 2. §. 4. D. de collat. Emancipatus filius si iniuriarum habet actionem, nihil conferre debet; magis enim vindictae quam pecuniae habet persecutionem. cf. L. 10. D. de sepulcro violato. 47. 12. Die dahin gehörigen Klagen sind a) die iniuriarum actio, L. 13. pr. D. de iniur.; b) die in factum actio des ungesetzlich in ius vocirten Parens oder Patronus, L. 24. D. de in ius voc. 2. 4. (unpractisch); c) in factum actio de calumnia, L. 4. D. de calumnia 3. 6.; d) die actio sepulcri violati, L. 6. 8. 10. D. de sep. viol. 47. 12.; e) die actio in factum wegen verhinderter Beerdigung, L. 9. D. de relig. 11. 7. (Bei dieser ist es bestritten z. B. von Böhmer II. 4. §. 67. Mühlenbruch Cession S. 300. Vang. §. 145.; dagegen Kierulff I. S. 228. Savigny S. 200. fg. Vgl. L. 9. cit. in f.: Unde miror, quare constare videatur, neque heredi neque in heredem dandam hanc actionem; nam, ut apparet, pecuniariae quantitatis ratio in eam deducitur; certe perpetuo ea inter ipsos competit.); f) Die Klage auf Rückgabe einer Schenkung wegen Undankbarkeit, L. 7. 10. Cod. de revoc. donat. 8. 56.; g) die querela inofficiosi testamenti, L. 6. §. 2. L. 7. D. de inoff. test. 5. 2. Bei der letzten Klage ist das Besondere, daß schon der entschieden an den Tag gelegte Wille, das Testament anzufechten, genügt, um sie auf die Erben zu übertragen. Ohne genügenden Grund behauptet dasselbe Windscheid a. a. O. S. 29. auch in Betreff der unter f) genannten Klage. — Puchta §. 88. not. c. setzt noch hinzu: die Klage auf die

[b] §. 1. J. h. t. L. 2. §. 4. D. de collat. 37. 6. [c] L. 1. pr. D. de priv. del. 47. 1. [d] L. 38. 44. 127. D. de R. J. L. 35. pr. D. de O. et A. 44. 7. cf. §. 1. J. l. c. [e] cap. 5. X. de raptor. 5. 17. cap. 9. X. de usuris. 5. 19. cap. 28. X. de sent. excommun. 5. 39. cap. 14. X. de sepult. 3. 28.

Nachtheile der Ehescheidung gegen den schuldigen Theil", nach L. 15. §. 1. D. sol. matr. 24. 3. „morum vero coercitionem non habet (heres)". Dagegen Savigny S. 202. not. 1. Uebrigens vgl. noch Savigny II. §. 73. — Daß auch Popularklagen nicht vom Erben als solchem angestellt werden konnten, ergab sich von selbst aus deren Natur, da sie jedem Bürger, also vor der Anstellung keinem als besonderes Recht zustanden. L. 7. D. de pop. act. 47. 23.

2 Das Princip dieser Lehre (über dessen Erklärung zu vergleichen ist Ihering Geist des R. R. I. S. 131. Demelius Untersuchungen I. S. 22.) ist in dem Satze ausgesprochen: in poenam heres non succedit: L. 22. D. de op. n. n. 39. 1. L. 20. D. de poen. 48. 19., der auch auf Strafklagen im weitern Sinn (§. 99.) ausgedehnt wurde, L. un. Cod. ex delictis defunctorum in quantum heredes conveniantur. 4. 17. L. 17. §. 1. L. 26. 27. D. de dolo 4. 3. L. 23. §. 8. D. ad leg. Aquil. 9. 2. L. 9. §. 8. L. 10. D. de reb. auct. iud. poss. 42. 5.; aber beschränkt durch den andern Satz: sicuti poena ex delicto defuncti heres teneri non debeat, ita nec lucrum facere, si quid ex ea re ad eum pervenisset, L. 38. D. de R. J. (sive dolo fiat, quominus ad se perveniret; L. 8. §. 8. D. de prec. 43. 26.), und: turpia lucra heredibus quoque extorqueri, licet crimina extinguantur, L. 5. pr. D. de calumnia 3. 6. L. 16. §. 2. L. 17. D. quod met. c. 4. 2. (cf. L. 127. D. de R. J. Quum praetor in heredem dat actionem quatenus ad eum pervenit, sufficit si vel momento ad eum pervenit ex dolo defuncti. Schmidt Interdictenverfahren S. 166.). — Hieher gehört auch die Klage, welche gegen den Erblasser begründet war, qui dolo malo possidere desiit, L. 42. 52. D. de rei vind. 6. 1.; nicht auch die condictio furtiva, „quia rei habet persecutionem," L. 7. §. 2. L. 9. D. de cond. furt. 13. 1.; streitig ob die actio rerum amotarum? L. 6. §. 4. D. de act. rer. amot. 25. 2. L. 3. Cod. eod. 5. 21. — Auch findet jene Regel nicht Anwendung auf Klagen aus Rechtsgeschäften (ex contractu oder quasi ex contractu), wenn der Erblasser dabei eines Dolus sich schuldig gemacht. L. 12. 49. D. de O. et A. 44. 7. L. 121. §. 3. D. de V. O. 45. 1. L. 152. §. 3. L. 157. §. 2. D. de R. J. Zwar sagt §. 1. J. h. t. Aliquando tamen etiam ex contractu actio contra heredem non competit, *(veluti)* cum testator dolose versatus sit *(in deposito)* et ad heredem eius nihil ex eo dolo pervenerit, und Theophilus führt als Beispiel die actio depositi an. Aber vgl. dagegen die ll. cc. und L. 1. §. 1. L. 7. §. 1. D. de depos. 16. 3., Gai. IV. 113. Aliquando tamen *(etiam)* ex contractu actio neque heredi neque in heredem competit; nam adstipulatoris heres non habet actionem et sponsoris et fidepromissoris heres non tenetur (veraltete Fälle). Vgl. noch L. 8. §. 1. D. de fideiuss. et nominat. 27. 7. mit L. 2. 4. 5. Cod. de in lit. iur. 5. 53. — L. 1. §. 21. 23. D. de tut. et rat. distrah. act. 27. 3. — — Das canonische Recht hat die Erben eigentlich unbedingt haftbar für Entschädigung erklärt, wie für andere Schulden der Erbschaft: cap. 5. X. 5. 17. Heredes ... *iuxta facultates suas* condigne satisfaciant; aber die Praxis hat dies von jeher so erklärt, als hieße es: *iuxta facultates hereditatis.* Vgl. überhaupt Francke Beiträge I. 1. Sav. V. S. 46 ... 60.

§. 105.

b) Concurrenz der Klagen.

Mehrere Klagen können ganz oder zum Theil auf denselben juristischen Zweck, Verwirklichung desselben materiellen Rechtsanspruchs, gerichtet seyn. Wenn und soweit hier durch eine der concurrirenden Klagen jener Zweck erreicht ist, fallen die übrigen weg; dasselbe juristische Object, welches bereits durch eine Klage erlangt ist, kann nicht noch einmal durch eine andere Klage gefordert werden; wenn aber die zuerst durchgeführte Klage dem Gegenstande nach weniger umfaßte, so kann durch die umfassendere Klage dasjenige nachgefordert werden, was jene nicht gewährte [1]. Nicht solchen Einfluß hat die Identität der Personen [a], oder des thatsächlichen Entstehungsgrundes [b] mehrerer Klagen, wenn nicht gänzliche oder theilweise Identität des durch diese zu verfolgenden Rechtsanspruches damit verbunden ist [2].

In manchen Fällen aber hat der Berechtigte zwischen mehreren Klagen, die nicht denselben Zweck haben, doch nur die Wahl, so zwar, daß schon durch die Wahl oder Anstellung der einen die andere ausgeschlossen ist, sey es wegen Unvereinbarkeit der durch diese Klagen zu verfolgenden Ansprüche, sey es vermöge besonderer Rechtsvorschrift [c].

Anm. 1 Den Hauptgrundsatz dieser Lehre spricht aus L. 57. D. de R. J.: Bona fides non patitur, ut bis idem exigatur, sodann näher bestimmend L. 41. §. 1. D. de O. et A. 44. 7. Si ex eodem facto duae competant actiones, postea iudicis potius partes esse, ut quo plus sit in reliqua actione, id actor ferat, si tantundem aut minus, nihil consequatur. (Die Hdschr. haben *id consequatur*, aber unzweifelhaft ist zu lesen *nihil consequatur*, Huschke in Linde's Zeitschr. N. F. II. S. 180.) Vgl. L. 43. §. 1. D. de R. J. Quotiens concurrunt plures actiones eiusdem rei nomine, una quis experiri debet. Anwendungen davon: a) bei Concurrenz von Ersatzklagen auf dasselbe Vermögensinteresse (quod ex patrimonio nobis abest), gegen denselben Beklagten, L. 34. §. 1. 2. D. de O. et A. L. 38. §. 1. L. 43. 47. pr. D. pro socio. 17. 2., oder gegen verschiedene, L. 17. pr. D. de dolo. 4. 3. L. 1. §. 10. . . . L. 4. D. de his qui effud. 9. 3.; b) bei Concurrenz von Ersatzklagen und gemischten Klagen, L. 7. §. 1. D. commod.

[a] L. 2. D. de priv. del. 47. 1. L. 27. pr. L. 32. §. 1. D. ad leg. Aquil. 9. 2. [b] L. 1. §. 9. L. 18. §. 2. D. de iniur. 47. 10. L. 11. §. 2. L. 51. §. 1. D. ad leg. Aquil. 9. 2. L. 45 . . . 47. D. pro socio. 17. 2. L. 34. §. 2. D. de O. et A. 44. 7. [c] L. 7. D. de lege commiss. 18. 3. L. 18. pr. L. 19. §. 6. D. de aed. ed. 21. 1. L. 25. §. 1. D. de except. rei iud. 44. 2. L 3. §. 5. L. 6. §. 4. D. nautae caup. 4. 9. L. 8. Cod. de codicillis. 6. 36. L. 32. §. 1. Cod. de furt. 6. 2. u. a.

13. 6. L. 2. §. 3. D. de priv. del. 47. 1. L. 34. §. 2. cit. „... Et quidem post legis Aquiliae actionem utique commodati finietur. Post commodati, an Aquiliae remaneat in eo, quod in repetitione triginta dierum amplius est, dubitatur; sed verius est, remanere, quia simplo accedit et simplo subducto locum non habet.“ Zu lesen *locum habet?* Savigny S. 229. fg., oder *non remanere ... locum non habet?* Huschke a. a. O. S. 184. fg. cf. L. 47. §. 1....L. 50. D. pro socio. 17. 2. Sehr streitig, für das heutige Recht aber unerheblich ist die Frage, ob die obige Regel auch Anwendung finde auf mehrere Strafklagen, welche unter denselben Personen durch eine und dieselbe Handlung begründet worden? L. 32. 34. pr. 53. pr. 60. D. de O. et A. L. 130. D. de R. J. Sav. §. 234. Vang. §. 572.

2 Ueber die sonst üblichen Unterscheidungen: subjective und objective, sodann successive, cumulative und elective Concurrenz der Klagen vgl. Thibaut civ. Abh. S. 146...204; eine neue vereinfachende Darstellung dieser Lehre gibt Savigny V. §§. 231...236. Vgl. damit Huschke a. a. O., Sint. §. 30. Brinz I. §. 40.

c) Verjährung.

§. 106.

α) Grund und Ursprung der Klagenverjährung.

Verjährung einer Klage ist Aufhebung ihrer Wirksamkeit in Folge lange versäumter Anstellung derselben. Sie ist gerechtfertigt theils durch die Nachlässigkeit des Klagberechtigten, theils durch die Rücksicht auf den Beklagten, um diesen gegen Erhebung von Rechtsansprüchen zu schützen, die vielleicht nur scheinbar noch begründet, in der That aus nicht mehr zu erweisenden Gründen erloschen sind. Gleichwohl kannte das ältere römische Civilrecht keine Verjährung der Klagrechte; die actiones waren perpetuae im buchstäblichen Sinn des Wortes. Aber die prätorischen Klagen wurden großentheils, namentlich der Regel nach die prätorischen Strafklagen, auf einen annus utilis eingeschränkt [a], nach dessen Ablauf ihnen annua exceptio entgegenstand [b]; zum Theil noch kürzere Fristen waren den aedilitischen Klagen gesetzt [c]. Diese Klagen waren daher temporales oder temporariae actiones. Auch bei einigen Civilklagen wurde eine bestimmte Zeitbeschränkung angenommen [d], und in Betreff der speciales in rem actiones galt zu Gunsten

[a] pr. J. de perpetuis et temporalibus act. 4. 12. Gai. IV. 110. 111. [b] L. 30. §. 5. D. de peculio. 15. 1. L. 15. §. 5. D. quod vi. 43. 24. [c] L. 38. pr. D. de aed. ed. 21. 1. [d] Dig. ne de statu defunctorum post quinquennium quaeratur. 40. 15. Cod. 1. 21. L. 1. Cod. de quadriennii praescriptione. 7. 37. L. 1. §. 2. D. de iure fisci. 49. 14. cf. Gai. III. 121.

des Besitzers in gutem Glauben eine Verjährung per longum tempus, d. i. einen Zeitraum von zehn, beziehungsweise zwanzig Jahren, longi temporis praescriptio oder exceptio, die aber als ein durch besonders qualificirten Besitz gewonnenes Schutzmittel gegen Vindication mit der Ersitzung des Eigenthums eng zusammenhängt und im Justinianischen Recht damit verschmolzen ist [e]. Erst Theodosius II. (a. p. Chr. 424) stellte, mit wenigen Ausnahmen, als durchgreifende Regel auf, daß alle nicht auf kürzere Zeitfrist eingeschränkte Klagen durch eine praescriptio triginta annorum ausgeschlossen seyn sollten [f], und diese Verordnung ist denn auch ins Justinianische Recht übergegangen [g], näher bestimmt und theilweise modificirt durch einige spätere Constitutionen [h], wornach in verschiedenen Fällen eine längere Verjährungsfrist, namentlich von vierzig Jahren, stattfindet. Hiernach sind nun regelmäßig alle Klagen, sofern sie nicht ohnehin schon als temporales actiones durch Ablauf einer kürzeren Zeitfrist erlöschen, der Verjährung durch den Ablauf von dreißig Jahren oder mehr unterworfen, obwohl sie nichts desto weniger auch jetzt noch perpetuae actiones genannt werden. Ausgenommen sind davon jedoch die Theilungsklagen, sofern sie Aufhebung einer noch bestehenden Gemeinschaft oder Beseitigung einer noch fortdauernden Gränzverwirrung bezwecken [i], nicht sofern sie auf einzelne daraus hervorgegangene Rechtsansprüche gerichtet sind [k].

Anm. [1] Zur Litteratur dieser Lehre gehören die Schriften über Verjährung überhaupt (§. 87.), insbesondere Unterholzner Verjährungslehre II. §§. 225. bis 283. Vorzüglich vgl. Savigny V. §§. 237 . . . 252.; über das Geschichtliche derselben Puchta Inst. II. §. 208. und Demelius, Untersuchungen aus dem röm. Civilrechte, Weimar 1856. Abth. I. „Geschichte der Klagverjährung."

[2] Im römischen Recht sind von der Verjährung noch schlechthin ausgenommen a) die vindicatio in libertatem, L. 3. Cod. de longi temporis praescriptione, quae pro libertate et non adversus libertatem opponitur. 7. 22. b) die Vindication eines Colonen durch seinen Herrn, L. 23. pr. Cod. de agricolis. 11. 47. c) die Vindication eines Curialen durch die Stadt. L. 5. Cod. h. t. 7. 39. d) die Klage des Fiscus auf rückständige Steuern. L. 6. Cod. l. c. — Die letzte Ausnahme aber ist nicht mehr praktisch, die Klagen unter

[e] Cod. de praescriptione longi temporis. 7. 33. [f] L. un. Theod. Cod. de actionibus certo tempore finiendis. 4. 14. [g] L. 3. Cod. de praescriptione 30 vel 40 annorum. 7. 39. [h] L. 4 . . . 9. Cod. l. c. L. 1 . . . 3. Cod. de annali exceptione italici contractus tollenda et diversis temporibus et exceptionibus et praescriptionibus et interruptionibus earum 7. 40. [i] L 5. Cod. comm. div. 3. 37. [k] L. 1. §. 1. Cod. h. t. 7. 40.

a ... c kommen gar nicht mehr vor. Savigny S. 409 ... 411. — Durch Vertrag kann die Verjährung der Klage nicht im voraus ausgeschlossen werden. Savigny S. 411 ... 413.

β) Erforderniſſe der Klagenverjährung.

§. 107.

aa) Beginn der Verjährungszeit.

Die Verjährungszeit beginnt mit dem Tage, an welchem zuerst ein Rechtsanspruch als klagbarer gegen einen bestimmten Gegner besteht, also die Möglichkeit zu klagen gegeben ist, actio nata [1], somit 1) bei dinglichen Klagen, wann zuerst der Gegner durch Beeinträchtigung des Rechts zur Klage Anlaß gibt, z. B. bei der Eigenthumsklage, wann derselbe zuerst, nicht mit dem Willen und im Namen des Eigenthümers selbst, die Sache im Besitze hat [a]; 2) bei persönlichen Klagen mit dem Tage, an welchem die Obligatio dergestalt begründet ist, daß gegen den Erfüllung weigernden Schuldner sofort geklagt werden kann (quando dies venit), ohne daß wirklich eine Weigerung oder eine Mahnung zur Erfüllung stattgefunden zu haben braucht [2]. So lange die Klage auf Erfüllung rechtlich noch unstatthaft ist, z. B. wegen einer Zeitbestimmung oder gar einer noch unerfüllten Bedingung oder wegen Mangels andrer rechtlicher Voraussetzungen, kann auch die Verjährung derselben nicht beginnen [b]. Daher verjährt die Klage auf wiederkehrende Leistungen, z. B. jährliche Renten, Zinsen, für jede einzelne Leistung insbesondere erst von dem Tage ihrer Fälligkeit an [c]. Nach besonderer ganz angemessener Vorschrift jedoch ist, wenn die Hauptschuld verjährt ist, auch in Ansehung aller rückständigen Zinsen die Klage durch Verjährung ausgeschlossen [d]. Die Klage auf alle künftigen Renten aber kann verjähren, wenn das Recht selbst im Ganzen widersprochen worden ist und der Berechtigte dennoch es geltend zu machen unterlassen hat [3].

Anm. [1] Den Anfangspunkt der Verjährung bezeichnen die Gesetze durch die Worte: *ex quo actiones competere iure coeperunt*, oder *ex quo ab initio competit et semel nata est actio*, oder *ex quo possint movere actiones*, u. dgl. L. 3. 7. §. 1. Cod. h. t. 7. 39. L. 1. §. 1. Cod. h. t. 7. 40. L. 30. Cod. de iure dot. 5. 12. Vgl. Böcking Inst. §. 131. not. 2. „Das Recht

[a] L. 9. D. de rei vind. 6. 1. L. 2. 7. §. 2. 6. in f. L. 8. §. 1. Cod. h. t. [b] L. 7. §. 4. Cod. h. t. cf. L. 4. pr. D. de tut. act. 27. 3. L 9. §. 3. D. de pign. act. 13. 7. L. 30. Cod. de iure dot. 5. 12. [c] L. 7. §. 6. Cod. l. c. [d] L. 26. pr. Cod. de usuris. 4. 32. cf. L. 8. §. 4. Cod. h. t.

(an sich, das ruhende) bewegt sich selbst zu seiner Bethätigung, indem es als actio auftritt; nascitur, nata est actio in dem Augenblicke, da das Recht als ein durchzuführendes, auch mittels Staatshülfe zu realisirendes, fertig, reif ist."

2 Für persönliche Klagen wird auf das exordium obligationis als regelmäßigen Anfangspunkt der Verjährung hingewiesen, L. 7. §. 6. Cod. h. t. 7. 39., womit auch übereinstimmen L. 1. §. 22. D. depositi. 16. 3. L. 18. D. de fideiuss. 46. 1. L. 21. §. 1. D. de pec. const. 13. 5. L. 94. §. 1. D. de solut. 46. 3. Sin autem communes nummos credam aut solvam, confestim pro mea parte nascetur et actio et liberatio; cf. L. 8. §. 7. D. de prec. 43. 26. Interdictum hoc et post annum competere Labeo scribit, eoque iure utimur; quum enim nonnunquam in longum tempus precarium concedatur, absurdum est dicere, interdictum locum non habere post annum (Schmidt das Interdictenverfahren S. 122. not. 16.). Im Einzelnen ist vieles streitig, z. B. inwiefern die Verjährung der Klage trotz einer entgegenstehenden Exceptio, namentlich der exceptio non impleti contractus, beginnen könne? Savigny S. 289...291; sodann, wann die Verjährung der Klage auf Rückgabe beim Depositum oder Commodatum, und insbesondere beim Darlehen, dem verzinslichen oder unverzinslichen, auf Kündigung oder mit Kündigungsfrist, beginne? Thon, über die Verjährung einer auf Kündigung stehenden Forderung in Linde's Zeitschr. VIII. 1. Savigny S. 291...299. Vgl. L. 94. §. 1. cit. L. 1. §. 22. cit. Est autem ... scriptum, eum, qui deposuit, statim posse depositi agere, hoc enim ipso dolo facere eum, qui suscepit, quod reposcenti rem non reddat. L. 8. §. 4. Cod. h. t. Exceptionem etiam 30 vel 40 annorum in illis contractibus, in quibus usurae promissae sunt, ex illo tempore initium capere sancimus, ex quo debitor usuras minime persolvit, d. h. von der letzten Zinszahlung an? oder (nach Savigny): von dem Tage an, wo zuerst eine Zinszahlung ausblieb? Gegen Savigny, welcher überhaupt von der Ansicht ausgeht, daß zum Beginn der Verjährung ein rechtverletzendes Vorenthalten der Erfüllung vorausgesetzt werde, vgl. Thon a. a. O. S. 33. fg. Vangerow, „von welchem Zeitpunkt beginnt die Verjährung der Darlehensklage?" im civ. Arch. XXXIII. 2. Brinz I. §. 48. Windscheid a. a. O. S. 41. fg. Zu demselben Resultat kommt auch auf eigenem Wege Demelius Untersuchungen Nr. II. S. 111. fg. Ueber die heutige Praxis s. Seuffert's Arch. V. 272; dagegen mit Savigny übereinstimmend I. 312. IV. 201. VI. 3., vgl. auch Archiv für prakt. Rtsw. II. S. 152. fg. — Ueber die angebliche Regel: Actioni nondum natae toties praescribi, quoties nativitas est in potestate creditoris, s. Unterholzner II. S. 317. Dagegen Thon a. a. O. S. 2. fgg.

3 Seuffert's Arch. I. 156. 157. III. 138. VI. 4.

§. 108.

bb) Ablauf der Verjährungszeit.

Die Verjährungszeit ist vollendet mit dem Ablauf des letzten Kalendertages derselben [a], wobei als erster Tag derjenige zu rechnen

[a] L. 6. D. de O. et A. 44 7.

ist, an welchem zuerst geklagt werden konnte (§. 89). Die Dauer der Verjährungszeit aber ist regelmäßig ein Zeitraum (tempus continuum) von dreißig Jahren [b]. Davon gibt es jedoch viele Ausnahmen, indem verschiedene Klagen theils erst in längerer [1], theils schon in kürzerer Frist [2] verjähren (§. 106).

Anm. [1] Eine längere Verjährungszeit und zwar eine vierzigjährige gilt a) für die Pfandklage unter gewissen Voraussetzungen. L. 7. Cod. h. t. b) für diejenigen Klagen der Kirchen und milden Stiftungen, welche der Regel nach in 10, 20 oder 30 Jahren erlöschen würden. nov. 111. 131. cap. 6. cf. L. 23. Cod. de ss. eccles. 1. 2. nov. 9. „Sola romana ecclesia gaudente centum annorum spatio vel privilegio". Auth. *quas actiones* ad L. 23. Cod. cit. can. 17. C. 16. qu. 3., cap. 13. 14. X. de praescriptionibus. 2. 26. cf. can. 2. C. 16. qu. 4., nicht auch für die Klagen der Städte, nov. 111. cf. L. 23. Cod. cit.; auch nicht für Klagen des Fiscus, L. 6. Cod. de iure fisci. 10. 1. L. 6. §. 1. D. de iure fisci. 49. 14 L. 6. Cod. de fundis rei priv. 11. 65., ausgenommen die nicht mehr praktische Vindication von Patrimonialgrundstücken. L. 14. Cod. de fundis patrimon. 11. 61. vgl. Seuffert's Arch. III. 137. 296. 297. — Die Rückforderung gezahlter ungesetzlicher Spielschulden sollte erst in 50 Jahren erlöschen, Cod. de aleatoribus. 3. 43.; aber dieses Gesetz ist eine lex restituta. §. 2. Anm. 4. §. 236. Anm. 2.

[2] Auf eine kürzere Verjährungszeit sind eingeschränkt a) die Klagen aus fiskalischen Rechten, und zwar diese der Regel nach auf eine Zeit von 20 Jahren, L. 13. pr. D. de div. temp. 44. 3. L. 2. §. 1. . . . L. 4. D. de requir. damn. 48. 17. L. 1. §. 3. D. de iure fisci 49. 14.; rücksichtlich des Anspruchs auf erbloses Vermögen nur von 4 Jahren, L. 1. Cod. de quadr. praescr. 7. 37.; rücksichtlich der commissa von 5 Jahren, L. 2. Cod. de vectig. 4. 61. b) Klagen in Ansehung der Rechtsfähigkeit eines Verstorbenen auf fünf Jahre vom Tode an gerechnet, Dig. ne de statu defunctorum post quinquennium quaeratur. 40. 15. Cod. 7. 21. c) Popularklagen, L. 8. D. de pop. act. 47. 23., und, der Regel nach, die prätorischen Strafklagen auf einen annus utilis; jedoch ist die actio furti manifesti perpetua, „merito, cum pro capitali poena pecuniaria constituta sit." Gai. IV. 111., pr. J. h. t. Vgl. auch L. 7. §. 6. D. nautae caup. 4. 9. L. 5. §. 5. D. de effusis. 9. 3. L. 13. pr. D. de servo corr. 11. 3. L. 18. D. de depos. 16. 3. Dagegen waren auch mehrere uneigentliche (einseitige) prätorische Strafklagen, ausgenommen de eo quod ad eum, cum quo agitur, pervenit, auf ein Jahr eingeschränkt, namentlich die actio doli, für welche jedoch Constantin ein biennium continuum festgesetzt hat, L. 8. Cod. de dolo. 2. 21., sodann einige Interdicte, L. 1. pr. D. de vi. 43. 16. L. 1. pr. D. uti poss, 43. 17. L. 4. D. de interd. 43. 1. Von allen, wie Savigny S. 353. annimmt, läßt es sich nicht behaupten, während andererseits gewiß ist, daß selbst einzelne Klagen, die nicht ex delicto entstanden, nur annales waren. L. 2. Cod. de const. pec. 4. 18. vgl. L. 35. pr. D. de O. et A. In honorariis actionibus sic esse definiendum

[b] L. 3. Cod. h t.

Cassius ait, ut quae rei persecutionem habeant, hae etiam post annum darentur, ceterae intra annum . . . Illae autem rei persecutionem continent, quibus persequimur, quod ex patrimonio nobis abest, ut quum agimus cum bonorum possessore debitoris nostri, item Publiciana, quae ad exemplum vindicationis datur. Sed quum rescissa usucapione redditur, anno finitur, quia contra ius civile datur. Puchta §. 91. not. ff. — Nicht zutreffend ist übrigens der Grund, welcher im pr. J. l. c. angegeben wird: „nam et ipsius praetoris intra annum errat imperium." Arndts in Linde's Ztschr. XIV. S. 2. d) verschiedene andere Klagen, die gelegentlich zu erwähnen sind. Eine Zusammenstellung s. bei Göschen Civilrt. I. §. 250.

§. 109.

cc) Bona fides.

Nach römischem Recht ist die Verjährung der Klage in keinem Falle durch den guten Glauben desjenigen, dem sie zum Vortheil gereicht, bedingt. Nach canonischem Recht aber kann sich der Beklagte durch die Einrede der Verjährung nicht im Besitze einer Sache oder eines Rechts erhalten, wenn erwiesen wird, daß er, beziehungsweise sein Vorgänger, nicht die ganze Verjährungszeit hindurch in gutem Glauben im Besitze gewesen sey, während bei Schuldklagen, die auf eine andere Leistung als auf Restitution widerrechtlich vorenthaltenen Besitzes gehen, auf den guten Glauben des Beklagten nichts ankommt.

Anm. Die Regel des römischen Rechts, welches nur zur Ersitzung, nicht zur Verjährung der Klage, und nur im Anfange des Besitzes bona fides erfordert, L. 8. §. 1. Cod. h. t., ist noch anerkannt in can. 15. C. 16. qu. 3. cf. cap. 3. X. de praescript. 2. 26. Allein cap. 5. X. de praescript. 2. 26. (Alexander III.) sagt: Vigilanti studio cavendum est, ne malae fidei possessores simus in praediis alienis, quoniam nulla antiqua dierum possessio iuvat aliquem malae fidei possessorem, nisi resipuerit, postquam se noverit aliena possidere: cum bonae fidei possessor dici non possit. Ephesinus enim legislator solum propter vitandam miserorum segnitiem et longi temporis errorem et confusionem, primus tricennali vel quadragenali praescriptioni vigorem legis imposuit. Nobis autem tam in rebus cognitis quam latentibus placuit non habere vigorem. Sodann cap. 20. X. eod. (Innocent. III.) Quoniam omne, quod non est ex fide, peccatum est, synodali iudicio diffinimus, ut nulla valeat absque bona fide praescriptio, tam canonica quam civilis: cum generaliter sit omni constitutioni atque consuetudini derogandum, quae absque mortali peccato non potest observari. Unde oportet, ut, qui praescribit, in nulla temporis parte rei habeat conscientiam alienae. cf. cap. 3. de R. J. in 6to. Sine possessione praescriptio non procedit. Ueber die Entstehung obiger Decretalen und deren Bedeutung vgl. Hildenbrand de bona fide rei propriae debitori ad

temporis praescriptionem haud necessaria. Monachii 1843. (angezeigt in d. krit. Jahrb. VII. S. 561...563., neu bearbeitet im civ. Arch. XXXVI. 2.) — Es gibt vier Hauptmeinungen: a) Die Neuerung des canonischen Rechts beschränkt sich nur auf die Ersitzung. Kierulff S. 206...209. Seuffert Erörtr. I. S. 134. fgg. b) Sie bezieht sich auf jede Verjährung, also auch auf jeden Fall der Klagenverjährung. Thibaut Besitz und Verjährung S. 82. 106., übereinstimmend mit den meisten ältern Praktikern. c) Sie erstreckt sich außer der Ersitzung nur auf die Verjährung der Eigenthumsklage oder der in rem actiones überhaupt. Puchta §. 90. not. aa. Brinz I. §. 48. a. E. d) Sie betrifft die Klagenverjährung in dem im §. bezeichneten Umfange. Möllenthiel über die Natur des guten Glaubens bei der Verjährung. Erlangen 1820. §§. 19...31. Unterholzner I. §. 92. Savigny §. 244...246. Vgl. Hildenbrand a. a. O. — Die Praxis ist noch schwankend, jedoch gegen b) und zu d) sich hinneigend, Seuffert's Arch. I. 6. 210. 403. II. 320. VI. 3. VII. 4. XI. 6. 266.

§. 110.

γ) Hinderungen der Verjährung.

Die Verjährung der Klage wird 1) in ihrem Ablauf aufgehalten a) durch Unmündigkeit des Klagberechtigten [a], b) durch Minderjährigkeit desselben, wenn die Verjährungszeit nicht dreißig Jahre ausmacht [b], c) durch gewisse rechtliche Hindernisse, welche zeitweise der Anstellung der Klage im Wege stehen [c] (agere non valenti non currit praescriptio), d) durch einige factische Hindernisse der Klaganstellung, insbesondere Kriegsereignisse [d]. In diesen Fällen beginnt die Verjährung nicht oder die begonnene steht still (praescriptio dormiens), so lange das Hinderniß besteht. Unwissenheit des Klagberechtigten hindert die Verjährung nicht [e], ausgenommen sofern sie unter Umständen bei der Berechnung des tempus utile der Temporalklagen in Betracht kommen kann [f]. Die Verjährung wird 2) unterbrochen, so daß die schon abgelaufene Zeit nichts mehr gilt und nur eine neue Verjährungszeit wieder anfangen kann: a) durch Anstellung der Klage [g] bei einem competenten Gericht [1], auch durch Erhebung derselben bei einem erwählten Schiedsrichter [h]; für die angestellte, aber nicht durch-

[a] L. 3. Cod h. t. cf. nov. 22. cap. 24. in f. [b] L. 5. Cod. in quib. caus. i. i. r. n. n. e. 2. 41. [c] §. 29. J. de rer. div. 2. 1. L. 30. Cod. de iure dot. 5. 12. L. 1. §. 2. Cod. h. t. 7. 40. L. 22. §. 11. Cod. de iure delib. 6. 30. L. 8. in f. Cod. qui bon. ced. 7. 71. [d] cap. 10. X. h. t. 2. 26. cf. cap. 14. 15. eodem. can. 10. C. 16. qu. 3. 43. 24. L. 6. D. de calumniat. 3. 6. L. 55. D. de aed. ed. 21. 1. cf. L. 19. §. 6. ibid. [e] L. 3. h. t. cf. L. 12. Cod. de praescript. l. t. 7. 33. [f] L. 15. §. 4. D. quod vi. L. 8. Cod. de dolo. 2. 21. (§. 90.). [g] L. 3. 7. pr. §. 5. Cod. h. t. 7. 39. L. 3. Cod. h. t. 7. 40. L. 5. Cod. de duob. reis. 8. 40. cf. L. 139. pr. D. de R. J. L. 9. §. 3. D. de iureiur. 12. 2. L. 8. in f. D. de fideiuss. tut. 27. 7. [h] L. 5. §. 1. Cod. de rec. arb. 2. 56.

geführte Klage tritt eine neue Verjährung von 40 Jahren ein [2], von der letzten Proceßhandlung an gerechnet [i]; b) durch Verwahrung (Protestation) bei der Obrigkeit oder auch außergerichtlich unter Zuziehung von drei Zeugen [k], unter Umständen, wo die wirkliche Anstellung der Klage nicht thunlich ist [3]; c) durch jede Anerkennung des klagbaren Rechtsanspruchs von Seiten des Beklagten, z. B. Abschlagzahlung, Pfandbestellung u. dgl. [l], insbesondere auch durch Zinszahlung [m]; d) durch Wegfall der die Klage veranlassenden Verletzung, also bei Klagen gegen den Besitzer durch Verlust des Besitzes oder Uebergang desselben auf einen Andern [n], der nicht Rechtsnachfolger des bisherigen Besitzers ist [4].

Anm. [1] Vgl. Seuffert's Arch. XI. 7.

[2] Ueber diese sog. Verjährung der Litispendenz (not. i.) vgl. Linde in dessen Ztschr. II. 5. 6.

[3] In Betreff der prätorischen Temporalklagen kommt im römischen Recht noch eine jetzt unpraktische Unterbrechung der Verjährung per libellum principi oblatum vor. L. 2. Cod. quando libellus principi datus litis contestationem faciat. 1. 20.

[4] Die Frage, ob bei der Verjährung der Klagen gegen Besitzer auch accessio possessionis stattfinde (not. n.) wird verneint z. B. von Kierulff S. 200. Dagegen Sav. V. S. 362 ... 364. Dernburg im civ. Arch. XXXIV. 12.

§. 111.

δ) Wirkung der Klagenverjährung.

Die Verjährung der Klage erzeugt eine Einrede zum Schutze des Beklagten, praescriptio oder exceptio temporis, auch temporalis exceptio, insbesondere 30 vel 40 annorum praescriptio, oder sogenannte longissimi temporis praescriptio, beziehungsweise annalis oder annua exceptio. Das Recht selbst, welches der Klage zum Grunde liegt, wird dadurch unmittelbar nicht aufgehoben. Unbestritten ist dies bei dinglichen Klagen, sofern keine Ersitzung hinzukommt. Sehr streitig aber ist die Frage, ob die Einrede der Verjährung gegen eine persönliche Klage die dieser zum Grunde liegende Obligatio gänzlich unwirksam mache, oder die Wirkungen einer naturalis obligatio bestehen lasse? eine Frage, die in die Lehre von der Aufhebung der Obligationen gehört (§. 277). Damit hängt zum Theil auch die Frage zusammen,

[i] L. 9. Cod. h. t. 7. 39. L. 1. §. 1. Cod. h. t. 7. 40. cf. L. un. §. 1. in f. Theod. Cod. h. t. [k] L. 2. Cod. h. t. 7. 40. [l] L. 7. §. 2. 5. Cod. h. t. 7. 39. L. 5. Cod. de duob. reis. 8. 40. [m] L. 8. §. 4. Cod. h. t. 7. 39. [n] L. 7. §. 1. L. 8. §. 1. Cod. h. t. 7. 39. L. 14. Cod. de fund. patrimon. 11. 61.

welchen Einfluß die Verjährung auf Einreden habe, welche sonst an sich, ihrer Natur nach, der Verjährung nicht unterworfen sind, da ihr Vorbringen, durch die Anstellung der Klage bedingt, nicht von dem Berechtigten abhängt.

Anm. L. 5. §. 6. D. de doli exc. 44. 4. Non sicut de dolo actio certo tempore finitur, ita etiam exceptio eodem tempore danda est; nam haec perpetuo competit: quum actor quidem in sua potestate habeat, quando utatur suo iure, is autem, cum quo agitur, non habeat potestatem, quando conveniatur. — Verjährbarkeit der Einreden, wo aus demselben Grunde zugleich eine Klage zusteht (Tant dure l'action, tant dure l'exception), behaupten u. A. Sommer, rechtswissenschaftliche Abh. Gießen 1818. S. 1 ... 56. Unterholzner II. §§. 156 ... 160. Sint. §. 32. not. 39. Dagegen: „quae ad agendum sunt temporalia, ad excipiendum sunt perpetua", Sav. V. §. 253. ... 255. Puchta §. 95. not. b. und Vorles. I. S. 199. Seuffert's Arch. I. 159. VII. 145.; mit Ausnahme des Falles, wo die Exceptio eine bloße Folge des Klagrechts ist (L. 59. D. de aed. ed. 21. 1. cf. L. 1. §. 4. D. de superfic. 43. 18.) Brinz I. S. 171. Wohl vereinbar damit ist es, daß eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nach Ablauf der Restitutionsfrist (§. 122.) auch durch Einrede nicht mehr erzielt werden kann. L. 9. §. 4. D. de iureiur. 12. 2. Seuffert's Arch. XI. 8. — Nicht hieher gehört es, daß Einreden durch Verspätung des Vorbringens im Proceß verloren gehen können.

§. 112.

5) Uebertragung der Klagen auf Andere.

Klagen können, activ und passiv, durch Vererbung auf einen Andern übergehen (§. 104). Aber es können auch einzelne Klagrechte einem Andern übertragen werden, indem der eigentlich Klagberechtigte diesen ermächtigt, an seiner Statt die Klage anzustellen, und zugleich demselben gestattet, dasjenige, was er dadurch erstreitet, für sich zu behalten und darüber als über das Seinige zu verfügen. Dies ist Cession der Klage, cedere actionem oder actione, gleichbedeutend mit mandare actionem [a]. Der Uebernehmer (Cessionar) kann in Folge dessen als Stellvertreter des Klagberechtigten (des Cedenten) die Klage erheben, aber zu eigenem Vortheile, d. i. als procurator in rem suam [b]. Die Cession ist sowohl bei dinglichen [c] als bei persönlichen Klagen möglich, sofern nur der Erfolg derselben übertragbar ist. Sie ist

[a] L. 3. §. 5. D. de in rem verso. 15. 3. L. 1. §. 16. D. si quadrup. 9. 1. [b] L. 2. §. 5. D. fam. erc. 10. 2. L. 8. §. 10. D. mand 17. 1. L. 34. 55. D. de procurat. 3. 3. L. 13. §. 1. D. de pactis. 2. 14. L. 24. pr. D. minor. 4. 4. [c] L. 9. Cod. de hered. v. act. vend. 4. 39. L. 21. 63. D. de rei vind. 6. 1. L. 35. § 4. D. de contrah. emt. 18. 1. L. 25. §. 8. D. locati. 19. 2. L. 14. pr. D. de furtis. 47. 2.

aber vorzüglich für persönliche Klagen wichtig, und wird daher in der Lehre von den Obligationen näher erörtert werden (§. 254... 259). Andrerseits kann auch Jemand eine Klage für den eigentlichen Beklagten als procurator in rem suam aufnehmen, d. h. in der Weise an dessen Stelle treten, daß er für ihn auch der möglichen Verurtheilung persönlich sich unterwirft und zur Erfüllung der daraus hervorgehenden Verpflichtungen sich anheischig macht [d]. Doch wird dadurch dem Berechtigten nur, sofern er darin einwilligt, die Möglichkeit, den wahren Gegner selbst in Anspruch zu nehmen, benommen [e].

Anm. Ueber die Cession der Vindication: Ihering Jahrb. für die Dogmatik I. S. 104. fg. vgl. Zimmermann in Linde's Ztschr. n. F. XV. S. 107. fg.

§. 113.

B. Von dem Streitverhältniß unter den Parteien.

Durch den wirklichen Beginn des Rechtsstreites entsteht ein neues vertragähnliches Verhältniß unter denjenigen, die sich nun als streitende Theile gegenüberstehen. Indem sie dem endlichen Ergebniß dieses Rechtsstreites sich zu unterwerfen haben, hängt nun für sie von dessen Ausgang die Gestaltung des streitigen Rechtsverhältnisses ab. Während der Beklagte verlangen kann, daß er wegen desselben Anspruches nicht in mehrere Processe verwickelt werde, muß er seinerseits dem Kläger auch gerecht werden, so wie dessen Anspruch in diesem Verfahren als begründet erkannt wird. Von der durch den Rechtsstreit verursachten Zögerung soll er keinen Vortheil ziehen, vielmehr die Möglichkeit eines dem Gegner günstigen Urtheils vorsehend, schon im Voraus darauf Bedacht nehmen, daß demselben durch jene Zögerung kein Nachtheil entstehe; er ist insofern schuldig, diesem zu erstatten, was ihm in Folge derselben entgeht. Hieraus ergeben sich oder stehen doch mehr oder weniger damit in Verbindung verschiedene Wirkungen, welche der begonnene Proceß rücksichtlich des in Streit befangenen Rechtsverhältnisses hervorbringt. Der Moment des Verfahrens, mit welchem nach römischem Recht diese Wirkungen regelmäßig eintreten, ist die Litiscontestatio, d. i. diejenige Parteiverhandlung vor Gericht, wodurch zuerst der Beklagte auf das

d L. 4. pr. D. de re iud. 42. 1. L. 66. §. 2. D. de eviction. 21. 2 L. 42. §. 2. de procurat 3. 3. L. 23. D. de solut. 46. 3. e L. 29. D. de procur. 3. 3.

Vorbringen des Klägers in solcher Weise sich erklärt, daß daraus die Nothwendigkeit richterlicher Entscheidung, also Daseyn und Inhalt des Rechtsstreites sich ergibt. Indessen sind schon nach römischem Recht mehrere von jenen Wirkungen auf die Anstellung der Klage und deren Mittheilung (Insinuation) an den Beklagten übertragen; nach heutigem Recht aber, in welchem der Begriff der Litiscontestation bedeutend modificirt worden ist, erscheint jener Zeitpunkt als der geeignete Moment, mit welchem die meisten der fraglichen Wirkungen zu verbinden sind.

Anm. [1] Ueber diese Lehre, in welcher fast alle einzelnen Punkte streitig sind, hat uns die neueste Zeit, nach Entdeckung der hiefür besonders wichtigen Institutionen des Gaius, mehrere treffliche Arbeiten geliefert: Keller über Litiscontestation und Urtheil nach classischem R. Rt. Zürich 1827. — Wächter, Erörtr. Heft III. (1846.) — Buchka, die Lehre von dem Einfluß des Processes auf das materielle Rechtsverhältniß, 2 Thle. Rostock 1846. 47. — Savigny, System §. 256 ... 279. Bd. VI. S. 1 ... 256. (1846). — Vgl. auch Sintenis, Erläutr. zu verschiedenen Lehren des Civilproc. I. S. 90 ... 210, und Roßhirt, zur Lehre von den Wirkungen des Processes auf das materielle Recht. Heidelberg 1848.

[2] Nach dem älteren römischen Verfahren war die Litiscontestatio ein besonderer, ursprünglich mit Anrufung von Zeugen verbundener Act, welcher den Schluß der den Rechtsstreit einleitenden Verhandlungen vor dem Magistratus (in iure) bildete, wonach die Sache in das nun constituirte Judicium (im engern Sinne) überging (Lis contestata, iudicium acceptum). In extraordinariis iudiciis, und so denn nach späterem Recht in allen Fällen, vertrat deren Stelle die im Text bezeichnete erste Parteiverhandlung vor dem Richter. L. un. Cod. de litis contest. 3. 9. Lis enim tunc contestata videtur, cum iudex per narrationem negotii causam audire coeperit. L. 14. §. 1. Cod. de iud. 3. 1. Cum lis fuerit contestata, post narrationem propositam et contradictionem obiectam. Keller a. a. O. §. 1 ... 6. und dessen röm. Civilproc. §. 60 ... 62. Savigny §. 257. 258. Im heutigen gemeinen Proceß versteht man unter L. C. (Kriegsbefestigung, Einlassung) die Erklärung des Beklagten auf die zur Begründung der Klage angeführten Thatsachen. Savigny §. 259. Wächter S. 74 ... 84.

[3] Der Grundsatz, daß nach einmal eingeleitetem Rechtsstreit der Kläger nur von dessen Ausgang die Verwirklichung seines Rechtsanspruchs zu erwarten habe, fand seinen Ausdruck in der alten Rechtsregel: „De eadem re ne bis sit actio“. Nach älterem R. R. wurde demgemäß schon durch die L. C. die Wiederanstellung derselben Klage ausgeschlossen oder das bisherige Klagrecht zerstört (consumirt), bald ipso iure (nämlich persönliche Klagen in legitimis iudiciis mit formula in ius concepta), bald per exceptionem rei in litem deductae, wogegen nur aus besondern Gründen der Billigkeit außerordentliche Hülfe des Prätors schützte. Gai. III. 180. 181. IV. 104 ... 109. Daher, wie Gaius mit

Beziehung auf den ersten Fall sagt (§. 180. cit.): apud veteres scriptum est, ante litem contestatam dare debitorem oportere, post litem contestatam condemnari oportere, post condemnationem iudicatum facere oportere. Vgl. darüber noch vorzüglich Bekker, die processualische Consumption im classischen R. R. Berlin 1853., (recens. von Dernburg i. d. heidelb. krit. Ztschr. II. S. 339. fg. und Helmolt in d. krit. Ueberschau III. 6.); über den Ursprung der Regel Pöschmann in Schletter's Jahrb. II. S. 189. fg.; dazu jetzt Windscheid a. a. O. S. 46. fg. und Muther a. a. O. S. 68. fg., gegen diesen wieder Windscheid in seiner Abwehr S. 42. fg. Im spätern Rechte ist die directe Consumption, wegen Mangels der angegebenen Voraussetzungen, von selbst weggefallen; aber auch die exceptio rei in litem deductae findet sich im Justinianischen Rechte nicht genannt; zudem sind verschiedene Consequenzen der alten Regel ausdrücklich aufgehoben, und hat sich überhaupt die Ansicht geltend gemacht, daß die einmal geschehene Litiscontestatio allein noch nicht die Wiederanstellung derselben Klage hindere. Aber manche Sätze, die sich als Folgesätze der alten Regel darstellen, sind gleichwohl auch im Justinianischen Recht noch aufgenommen, was man nicht überall als Versehen zu betrachten berechtigt ist. Vgl. z. B. §. 271. Anm. 2. Bekker a. a. O. S. 11. Jedenfalls kann der Beklagte, gegen den ein Rechtsstreit bereits anhängig ist, die gleichzeitige Erhebung eines andern Rechtsstreites wegen desselben Anspruchs durch eine Einrede abwehren, die man heutzutage die Einrede der Litispendenz nennt. Buchka II. S. 107 . . . 146.

4 Ein materieller Einfluß der L. C., beziehungsweise der Insinuation der Klage, zeigt sich nach Justinianischem Recht in folgenden Punkten:

a) Der Zeitpunkt der L. C. kommt zunächst in Betracht bei der Frage nach der Existenz des der Klage zum Grunde liegenden Rechts. Spätere Entstehung desselben hilft dem Kläger nicht zum Siege in diesem Proceß. L. 23. 35. D. de iud. 5. 1. cf. L. 11. §. 4. 5. D. de exc. rei iud. 44. 2., L. 7. §. 7. D. ad exhib. 10. 4., L. 47. D. de solut. 46. 3. L. 37. pr. §. 1. D. de neg. gest. 3. 5. L. 34. pr. D. de min. 4. 4. (Nicht widersprechend L. 17. D. mand. 17. 1. Sav. S. 68.). Jedoch ist diese Regel modificirt durch cap. 3. de sent. in 6to. 2. 14. Auch bezieht sie sich nicht auf das Daseyn bloß factischer Voraussetzungen zur Verurtheilung des Beklagten. L. 30. pr. D. de peculio. 15. 1.

b) Der Beklagte ist schuldig, nicht nur herauszugeben, was er während des Rechtsstreites durch die Verzögerung der Befriedigung des Klägers gewinnt, sondern auch den versäumten Gewinn, sowie den eingetretenen Verlust zu ersetzen, sofern ihm in dieser Beziehung eine Schuld beizumessen ist; wer aber mit wissentlichem Unrecht (mala fide) dem Kläger seine Sache vorenthält, ist eben deshalb schon in Schuld und haftet daher selbst für zufälligen Schaden. Hierauf bezieht sich die (jedoch nach ihrem Wortlaut etwas zu weit greifende) Regel: ut post acceptum iudicium id actori praestetur (oder causa omnis restituenda sit, id est omne), quod habiturus esset actor, si statim litis contestatae tempore res ei reddita fuisset oder si controversia ei facta non esset. L. 40. pr. D. de her. pet. 5. 3. L. 17. §. 1. L. 20. D. de rei vind. 6. 1. L. 31. pr. D. de reb. cred. 12. 1. L. 35. 75. D. de V. S. In Verbindung damit

steht die Regel: post litem contestatam omnes incipiunt malae fidei possessores esse (quinimo post motam controversiam), L. 25. §. 7. D. de her. pet. 5. 3., d. h. den redlichen Besitzer treffen von nun an gleiche Verpflichtungen, wie den unredlichen, L. 45. D. de rei vind. 6. 1. L. 22. Cod. eod. 3. 32., was jedoch nicht auch rücksichtlich der Haftung für den Zufall gilt, nec enim debet . . . propter metum huius periculi temere indefensum ius suum relinquere. L. 40. pr. vgl. L. 36. §. 4. D. de her. pet. 5. 3. Vgl. Savigny VI. §. 273. fg. Mommsen Beitr. III. S. 188. fg. Als der entscheidende Zeitpunkt dafür wird zunächst ebenfalls die L. C. angegeben; aber bei dem Erbschaftsstreite ist diese Wirkung ausdrücklich schon mit der Mittheilung der Klage verbunden. L. 20. §. 11. L. 25. §. 7. D. l. c. (bestritten von Sav. S. 84 . . . 95.; vgl. dagegen Arndts im Rtslex. V. S. 227. fg.), und dies wird mit gutem Grund auch auf andere Fälle ausgedehnt. arg. L. 75. D. de V. S. L. 2. cod. de fruct. 7. 51. §. 2. J. de off. iud. 4. 17. Vgl. Wächter S. 105 . . . 110. Buchka S. 69 . . . 75.

c) Mit der Regel unter b) hängt es zusammen, daß, wenn durch die Streitzögerung das der Klage zum Grunde liegende Recht verloren geht, nichtsdestoweniger Verurtheilung des Beklagten erfolgen kann. L. 17. in f. L. 18. D. de rei vind. 6. 1. L. 2. §. 21. D. pro emt. 41. 4. L. 8. §. 4. 5. D. si serv. vind. 8. 5. L. 10. D. de usufr. accresc. 7. 2. cf. L. 35. in f. D. de V. S. Wächter S. 124 . . . 134. Zu weit geht Sav. §. 261. Puchta §. 96. not. k. Vgl. Römer, das Erlöschen des klägerischen Rechts nach der Einleitung des Processes in seinem Verhältniß zum Endurtheil. Stuttgart 1852, und darüber Heidelb. krit. Ztschr. I. S. 253. fg. 397. fg.

d) Nach gleichem Gesichtspunkte ist auch die fortdauernde Haftung des mit einer Noxalklage Belangten, welcher später die Möglichkeit der noxae datio verliert, zu beurtheilen, die man mit Unrecht als unbedingte annimmt. L. 1. §. 13. 16. D. si quadrup. 9. 1. L. 37. 38. pr. D. de noxal. act. 9. 4.

e) Der Proceß unterbricht die Verjährung der Klage, wonach denn eine neue vierzigjährige Verjährung beginnen kann. Diese Wirkung ist nach Justinianischem Recht schon mit der Insinuation der Klage verbunden. L. 7. pr. §. 1. Cod. de 30. ann. praescr. 7. 39. L. 3. §. 1. Cod. de ann. exc. 7. 40. Doch wollen Manche bei allen, andere wenigstens bei Temporalklagen sie erst mit der L. C. eintreten lassen. Unterholzner Verj. I. S. 444. Vang. §. 160. Nach Andern soll zwar die Unterbrechung der Verjährung schon früher, die Möglichkeit vierzigjähriger Verjährung (sog. Perpetuation der Klage) aber erst nach der L. C. eintreten. Puchta §. 96. not. f. g. Wieder Andere legen jene Wirkung schon dem Anbringen der Klage bei. Sint. §. 31. not. 52. vgl. Linde's Ztschr. n. F. VIII. S. 276. fg. — Dagegen Sav. V. §. 242. 243. Wächter S. 89 . . . 97.

f) Nach der L. C. gehen sonst unvererbliche Klagen activ und passiv auf die Erben über (§. 104.). — Die Klage wegen Landfriedensbruch soll, gemäß der KGO. II. 9. §. 6. RDA. von 1557. §. 22., schon nach der Insinuation unbedingt gegen die Erben gehen. Wächter S. 111 . . . 114. Sav. S. 250.

g) Wer, als vermeintlicher Besitzer belangt, den Kläger täuschend auf die Klage sich einläßt, als ob er wirklich besitze, qui liti se obtulit, haftet gleich

einem wirklichen Besitzer. L. 45. D. de her. pet. 5. 3. L. 25...27. pr. D. de rei vind. 6. 1.

h) Nach der L. C. kann die Sache, welche Gegenstand des Streites ist, res litigiosa, nicht mehr veräußert, die Klage, actio litigiosa, nicht mehr cedirt werden; die Veräußerung oder Cession ist nichtig. Dig. de litigiosis. 44. 6. Cod. 8. 37. cf. fragm. de iure fisci. §. 8. L. un. Th. Cod. de litigiosis. 4. 5. Nach nov. 112. cap. 1. aber tritt in Ansehung vindicirter Sachen das Veräußerungsverbot schon von der Mittheilung der Klage an in Wirksamkeit. Ausgenommen sind unfreiwillige Veräußerungen, sodann Veräußerung durch Vergleich, Erbtheilung, Vermächtniß und Bestellung einer Dos oder Donatio propter Nuptias. L. 13. D. fam. erc. 10. 2. L. 4. in f. Cod. de litig. 8. 37. Vgl. Bachofen auserwählte Lehren Abh. II., Zimmermann im civ. Arch. XXXV. 13. XXXVI. 3. und Hartter in Linde's Ztschr. n. F. XII. 14., die beiden letzten besonders über die (sehr beschränkte) heutige Anwendbarkeit der römischen Vorschriften.

[5] Bezüglich der Frage, welcher Proceßact nach heutigem Recht für die angegebenen materiellen Wirkungen der entscheidende sey, gibt es drei Hauptansichten: a) die eine hält sich, einzelne Modificationen abgerechnet, an die Vorschriften des R. Rechts, indem sie die heutige L. C. der römischen gleichstellt. Wächter S. 89. fg. b) die andere setzt allgemein, wenigstens rücksichtlich des materiellen Einflusses, welchen die Dauer des Rechtsstreites auf das streitige Rechtsverhältniß äußern mag, an die Stelle der römischen L. C. die Mittheilung der Klage an den Beklagten. Savigny S. 243. fg. c) die dritte betrachtet nach innern Gründen bald die Erhebung der Klage (für 4. e. und f.), bald, und zwar in den meisten Beziehungen, deren Mittheilung, bald (für 4. g.) die heutige L. C. als den entscheidenden Moment. Sintenis Erläutr. S. 145. fg. Civilrt. §. 33. Dem Wesen des heutigen Verfahrens, in Verbindung mit den gesetzlichen Bestimmungen des römischen Rechts, entspricht am besten die zweite Meinung, jedoch mit Ausnahme des von Savigny auch nicht mitaufgeführten Punktes unter 4. g., wobei nach der Natur der Sache eine einläßliche Erklärung des Beklagten vorausgesetzt wird. Vgl. jedoch Windscheid a. a. O. S. 67. fg.

~4. Nov. 77.

C. Vom Beweise [a].

§. 114.

1) Gegenstand des Beweises. Beweislast.

Die richterliche Entscheidung über das streitige Rechtsverhältniß hängt von der erkannten Wahrheit der Thatsachen ab, auf welche sich das Begehren der einen und andern Partei gründet. Diese müssen daher bewiesen, d. h. dem Richter müssen genügende Gründe zu deren Fürwahrannahme gegeben werden. Gegenstand

[a] Dig. de probationibus et praesumtionibus. 22. 3. Cod. de probationibus. 4. 19. X. 2. 19. Clem. 2. 7.

des Beweises sind eben nur Thatsachen (denn iura novit curia); und zwar erhebliche (relevante) Thatsachen, d. i. solche, auf die bei Entscheidung des Rechtsstreites etwas ankommt, und nur ungewisse Thatsachen, daher nicht notorische, d. i. so allgemein bekannte, daß keine Partei sie bestreiten kann [b], eben so wenig solche, deren Bestreitung vermöge einer Rechtsvorschrift unzuläßig ist [c] (für die eine sog. praesumtio iuris et de iure besteht), endlich auch diejenigen nicht, die unter den Parteien wirklich nicht streitig sind. Was nämlich eine Partei in der Proceßverhandlung selbst zu ihrem Nachtheil einräumt, es sey zunächst eine Thatsache oder unmittelbar ein Rechtsverhältniß, das gilt eben deshalb als wahr [d], und wenn sie den Anspruch des Gegners vollständig einräumt, so ist dadurch der Streit selbst entschieden [1], sofern nicht das Geständniß etwa noch einer Anfechtung unterliegt [e]. Weil aber dieses sonach mittelbar eine Verfügung über den Gegenstand des Streites enthält, so kann es nur wirksam seyn, wenn und soweit der Geständige darüber zu verfügen fähig und berechtigt ist [f].

In Ansehung streitiger Thatsachen nun liegt die Nothwendigkeit des Beweises (Beweislast, onus probandi) derjenigen Partei ob, welcher daran gelegen ist, den Richter von deren Wahrheit zu überzeugen, weil davon eine ihr günstige Entscheidung abhängt. So hat zunächst der Kläger [g] die positiven oder negativen [h] Thatsachen zu beweisen, durch welche die Klage, sodann der Beklagte [i] diejenigen, wodurch seine Exceptio begründet worden, u. s. w. [2]. Jedoch genügt es, die thatsächlichen Voraussetzungen der Entstehung des die Klage oder Einrede erzeugenden Verhältnisses zu beweisen, und zwar nach den regelmäßig dabei hervortretenden Momenten. Die Aenderung des einmal entstandenen Verhältnisses, also die Aufhebung des einmal erworbenen Rechts [k], oder das Daseyn besonderer Hindernisse, welche der regelmäßigen Wirkung der erwiesenen Thatumstände entgegenstanden [l], muß von der

[b] cap. 3. X. de testib. 2. 21. [c] cap. 30. X. de sponsal. 4. 1. [d] Dig. de confessis. 42. 2. L. un. Cod. de confessis. 7. 59. cf. Dig. de interrogationibus in iure. 11. 1. [e] L. 2. 7. D. h. t. 42. 2. L. 11. §. 8 ... 16. D. de interrog. 11. 1. cap. 3. X. de confessis. 2. 18. [f] L. 6. §. 4. 5. D. h. t. 42. 2. [g] L. 2. 21. D. de probat. 22. 3. L. 2. 8. 15. 20. 23. Cod. h. t. 4. 19. [h] L. 25. pr. D. h. t. 22. 3. L. 5. Cod. de codicillis. 6. 36. [i] L. 9. 19. pr. L. 25. §. 2. D. h. t. L. 1. D. de except. 44. 4. L. 19. Cod. h. t. [k] L. 12. 22. 25. §. 2. in f. D. h. t. L. 1. 16. Cod. h. t. L. 10. Cod. de pign. act. 4. 24. [l] L. 5. 9. 17. D. h. t. L. 11. Cod. h. t. L. 5. Cod. de codicillis. 6. 36. cf. L. 13. §. 2. D. de Publ. act. 6. 2. cap. 16. X. de praesumt. 2. 23.

Gegenpartei, die sich darauf beruft, bewiesen werden[3]. Ebenso fällt auch sonst noch in verschiedenen Fällen der Gegenpartei der Beweis zur Last, weil eine Thatsache vermöge rechtlicher Vorschrift (praesumtio iuris) für wahr anzunehmen ist, so lange nicht das Gegentheil bewiesen wird; z. B. die sog. naturalia negotii[m], auch der gute Glaube[n], sofern er nicht nach den vorliegenden Umständen[o] als ganz ungerechtfertigt und darum unglaublich erscheint[4]. Die bloße Wahrscheinlichkeit einer Thatsache aber (praesumtio hominis oder facti) befreit vom Beweise nicht[p].

Anm. [1] L. 1. D. h. t. Confessus pro iudicato est, qui quodammodo sua sententia damnatur. L. 6. pr. §. 2. ibid. Certum confessus pro iudicato erit: incertum non erit. — Sed et si fundum vindicem meum esse, tuque confessus sis, perinde habearis atque si dominii mei fundum esse pronunciatum esset; . . . . et omne omnino, quod quis confessus est, pro iudicato haberi. L. 56. D. de re iud. 42. 1. Post rem iudicatam vel iureiurando decisam vel confessione in iure factam nihil quaeritur post orationem D. Marci, quia in iure confessi pro iudicatis habentur. cf. L. 25. §. 2. D. ad leg. Aquil. 9. 2. Notandum est, quod in hac actione, quae in confitentem datur (confessoria actio), iudex non rei iudicandae, sed aestimandae datur; nam nullae partes sunt iudicandi *(iudicantis?)* in confitentes. Vgl. Bethmann-Hollweg Versuche, Abh. IV. Savigny §. 302 . . . 308. Bd. VII. S. 1 . . . 47. — Ueber interrogationes in iure (Dig. 11. 1.) vgl. Sav. §. 305.

[2] L. 2. D. h. t. 22. 3. Ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat. L. 21. ibid. Semper necessitas probandi incumbit illi qui agit. L. 4. Cod. de edendo. 2. 1. Actore enim non probante, qui convenitur, etsi nihil ipse praestat, obtinebit. — (Actore non probante reus absolvitur). — L. 23. Cod. h. t. 4. 19. Actor, quod adseverat, probare se non posse profitendo, reum necessitate monstrandi contrarium non adstringit, cum per rerum naturam factum negantis probatio nulla sit. L. 15. D. de op. nov. nunc. 39. 1. „. . . ut de iure suo probare necesse haberet, id enim esse petitoris partes sustinere.“ — L. 1. D. de except. 44. 1. Agere etiam is videtur, qui exceptione utitur; nam reus in exceptione actor est. L. 19. D. h. t. 22. 3. In exceptionibus dicendum est, reum partibus actoris fungi oportere, ipsumque exceptionem, velut intentionem, implere. Vgl. Weber, über die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Civilprocesse. Halle 1805. Ausgabe von Heffter 1832. Bethmann-Hollweg Versuche, Abh. V. Dazu Helmolt, über das Verhältniß der Exceptionen zur Beweislast, Gießen 1852., jedoch darüber Bekker in der Heidelb. krit. Ztschr. II. S. 83. fg.; sodann Römer, die Beweislast hinsichtlich des Irrthums. Stuttgart 1852.

[3] Ueber den Beweis von Bedingungen vgl. Bethmann-Hollweg a. a. O.

[m] L. 9. D. h. t. L. 24. 25. ibid. [n] arg. L. 18. §. 1. D. h. t. L. 30. Cod. de evict. 8. 45. cap. 47. in 6to de R. J. 5. 13. [o] L. 44. §. 1. D. de usurp. 41. 3. L. 7. §. 3. D. pro emt. 41. 4. [p] L. 10. 17. 22. Cod. h. t. 4. 19.

S. 354. fg. Hasse im Rh. Mus. III. S. 134. fg. Puchta Vorles. I. §. 99. Götting in Linde's Ztschr. III. 5.

[4] Ueber den Beweis der mala oder bona fides: Harnier de probatione bonae fidei. Cassel 1841. Savigny Obligationenrecht II. S. 149. fg. Unger in Haimerl's Vierteljahrsschrift I. S. 87. fg.

§. 115.

2) Beweisführung. Eid.

Die Lehre von der Art und Weise der Beweisführung und den Beweismitteln gehört dem Proceßrecht an. Unter diesen sind besonders wichtig Urkunden, documenta, instrumenta [a], und Zeugen, testes [b] (auch instrumenta im w. S.), welche beide auch zur Form von Rechtsgeschäften gehören können (§. 64). Eine besondere zugleich civilrechtliche Bedeutung aber hat in dieser Beziehung der Eid, iusiurandum, iuramentum [c], d. i. die feierliche Bekräftigung einer Erklärung unter Berufung auf einen heilig gehaltenen Gegenstand [d], nach christlichem Gebrauche unter Anrufung Gottes. Die Erklärung, welche durch den Eid bekräftigt wird, kann entweder in einer Zusage bestehen, oder in einer Aussage über Thatsachen oder Rechtsverhältnisse. Im ersten Fall nennt man den Eid iusiurandum promissorium, Versprechungseid (§. 93), im andern Fall iusiurandum assertorium, Versicherungs- oder Bestätigungseid. Dieser nun kommt in Processen auf verschiedene Art zur Anwendung, um eine Entscheidung über streitige Punkte herbeizuführen [e]. Es kann nämlich

1) eine Partei der andern den Eid zuschieben (iusiurandum deferre) d. h. ihr antragen, durch ihre eidliche Aussage selbst über das unter ihnen Streitige zu entscheiden [f]. Sie muß alsdann, wenn nach ihrem Antrag der Eid geleistet wird, das Beschworne als wahr anerkennen [g], und solchergestalt kann denn über das streitige Rechtsverhältniß selbst durch Eid einer Partei entschieden werden [h], gleichwie durch Geständniß oder Urtheil [1]. Der Eidesantrag im Proceß hat aber andererseits die Wirkung, daß die zum Eide aufgeforderte Partei als geständig des Gegentheils des

[a] Dig. de fide instrumentorum et amissione eorum. 22. 4. Cod. 4. 21. [b] Dig. de testibus. 22. 5. Cod. 4. 20. [c] Dig. de iureiurando sive voluntario sive necessario sive iudiciali. 12. 2. Cod. de reb. cred. et iureiurando. 4. 1. cf. X. de iureiurando. 2. 24. Sextus 2. 11. Clem. 2. 9. [d] L. 3. §. 4 . . . L. 5. pr. §. 1. 3. L. 33. D. h. t. [e] L. 1. D. h. t. [f] L. 2. 3. pr. D. h. t. L. 25. §. 3. D. de probat. 22. 3. [g] L. 1. 2. Cod. h. t. L. 21. D. de dolo. 4. 3. [h] L. 3. 7. et sqq. D. h. t. L. 8. Cod. h. t. L. 56. de re iud. 42. 1.

von ihr zu Beschwörenden behandelt wird, wenn sie den Eid abzuleisten sich weigert. Doch kann sie auch, statt selbst zu schwören, den Eid zurückschieben, referre iusiurandum, d. h. der Gegenpartei überlassen, das Gegentheil zu beschwören, was alsdann diese nur mit gleichem Nachtheil verweigern kann [i]. Erlassung des angenommenen Eides von Seiten des Deferenten oder Referenten ersetzt die wirkliche Ableistung [k]. Demnach enthält die Zuschiebung oder Erlassung des Eides mittelbar eine Verfügung über den Gegenstand des Streites, und setzt daher die Fähigkeit und Berechtigung zu solcher Verfügung voraus [l].

2) Ist ein Beweis unvollständig geführt, so kann nach Umständen der Richter der beweisführenden Partei oder der Gegenpartei auferlegen, denselben durch ihren Eid zu ergänzen (iusiurandum suppletorium), beziehungsweise zu entkräften (iusiurandum purgatorium) [m]. Diese Eide sind rein processualischer Natur.

3) Häufig wird dem Kläger gestattet, den Betrag des vom Beklagten zu leistenden Schadensersatzes durch eidliche Angabe selbst zu bestimmen. Ein solcher Schätzungs- oder Würderungseid, iusiurandum in litem [n], findet vorzugsweise [2] bei Klagen auf Restitution oder Exhibition [o], und zwar wegen Ungehorsams (contumacia) oder erwiesener grober Schuld (dolus und lata culpa) des Beklagten [p], statt, wenn nicht die Größe des Schadens ohnehin gewiß ist [q]; sonst nur im Nothfall, wo der Werth auf andre Art nicht zu ermitteln ist [r]. Der Richter ist es, welcher diesen Eid deferirt, und dieser kann denn auch nach Umständen entweder vorher ein höchstes Maß der Schätzung festsetzen, welches der Schwörende nicht überschreiten soll (iusiurandum in litem cum taxatione delatum), oder, wenn der Eid ohne solche Beschränkung gestattet worden [3], nachher die offenbar übermäßige Schätzung

[i] L. 34. §. 6...9. L. 38. D. h. t. L. 25. §. 1. D. de pec. const. 13. 5. c. f. L. 34. §. 4. L. 37. D. h. t. [k] L. 6. 9. § 1. L. 41. D. h. t. L. 1. 8. Cod. h. t. [l] L. 9. §. 4. 5. L. 17. §. 1. L. 22. L. 32. 34. §. 1. L. 35. pr. §. 1. D. h. t. L. 4. Cod. h. t. cf. L. 9. §. 6. L. 23...26. §. 1. L. 42. pr. §. 2. D. h. t. [m] L. 1. 31. D. h. t. L. 3. 12. pr. Cod. h. t. cap. 36. §. 1. X. h. t. [n] Dig. de in litem iurando. 12. 3. Cod. 5. 53. [o] L. 2. §. 1. L. 5. pr. L. 8. D. h. t. L. 18. pr. §. 1. D. de dolo. 4. 3. L. 68. D. de rei vind. 6. 1. L. 7. D. si serv. vind. 8. 5. L. 3. §. 3. D. ad exhibendum et in bonae fidei iudiciis 10. 4. L. 16. §. 3. D. de pign. 20. 1. L. 25. §. 1. D. sol. matr. 24. 3. L. 48. §. 1. D. locati. 19. 2. L. 1. §. 26. D. depositi. 16. 3. L. 3. §. 2. D. commod. 13. 6. [p] L. 2. §. 1. L. 4. §. 4. L. 5. §. 3. D. h. t. L. 1. 2. 4. Cod. h. t. L. 15. §. 9...11. D. quod. vi. 43. 24. [q] L. 3. D. h. t. [r] L. 5. § 4. L. 6. 9. D. h. t. cf. L. 5. pr. D. depos. 16. 3. L. 4. Cod. de act. emti. 4. 49.

herabsetzen. [s] Ein besonderer Fall des Schätzungseides ist das sog. iusiurandum Zenonianum [t], zu Bestimmung des Schadens, den man bei gewaltsamer Besitzentsetzung erlitten, welches aber nur in Ermanglung anderer Beweise und immer mit vorhergehender richterlicher Schätzung (cum taxatione) gestattet seyn soll [4].

Anm. [1] L. 2. D. h. t. Iusiurandum speciem transactionis continet, majoremque habet auctoritatem quam res iudicata. vgl. §. 114. Anm. 1. — L. 3. pr. D. h. t. Ait praetor: *Si is, cum quo agetur, conditione delata iuraverit,* L. 7. pr. ibid.: Ait praetor: *eius rei, de qua iusiurandum delatum fuerit, neque in ipsum, neque in eum, ad quem ea res pertinet, actionem dabo.* L. 9. §. 1. Iureiurando dato vel remisso, reus quidem acquirit exceptionem sibi aliisque; actor vero actionem acquirit, in qua hoc solum quaeritur, an iuraverit, *dari sibi oportere,* vel, cum iurare paratus esset, iusiurandum ei remissum sit. — L. 13. §. 1. D. h. t. Julianus ait, eum, qui iuravit, *fundum suum esse*, post longi temporis praescriptionem etiam utilem actionem habere. L. 8. Cod. h. t. Actori delato vel relato iureiurando, si iuraverit vel ei remissum sit sacramentum, ad similitudinem iudicati in factum actio competit. Sav. §. 309 . . . 314. Bd. VII. S. 47 . . . 90.

[2] L. 2. §. 1. D. h. t. Interdum quod intersit agentis solum aestimatur, veluti cum culpa non restituentis vel non exhibentis punitur; cum vero dolus aut contumacia non restituentis vel non exhibentis, quanti in litem iuraverit actor. L. 5. pr. ibid. In actionibus in rem et in ad exhibendum in litem iuratur. §. 1. Sed iudex praefinire potest certam summam, usque ad quam iuretur, licuit enim et a primo non deferre. §. 2. Item etsi iuratum fuerit, licet iudici vel absolvere vel minoris condemnare. §. 3. Sed in his omnibus ob dolum solum in litem iuratur, non etiam ob culpam: haec enim iudex aestimat. §. 4. Plane interdum et in actione stricti iudicii in litem iurandum est: veluti, si promissor Stichi moram fecerit et Stichus decesserit; quia iudex aestimare, sine relatione iurisiurandi, non potest rem, quae non extat. L. 6. ibid. Alias si ex stipulatu vel ex testamento agatur, non solet in litem iurari. L. 68. D. de rei vind. Qui restituere iussus iudici non paret, contendens non posse restituere . . . si quidem dolo fecit, quominus possit, in quantum adversarius in litem sine ulla taxatione in infinitum iuraverit, damnandus est. Si vero nec potest restituere nec dolo fecit, quo minus possit: non pluris quam quanti res est, id est, quanti adversarii interfuit, condemnandus est. Haec sententia generalis est et ad omnia, sive interdicta, sive actiones in rem, sive in personam sunt, ex quibus arbitratu iudicis quid restituitur, locum habet. — Das eigentliche Gebiet des Schätzungseides waren hiernach die arbitrariae

[s] L. 4. §. 1 . . . 3. L. 5. §. 1. 2. D. h. t. cf. L. 18. pr. D. de dolo. 4. 3. L. 3. §. 2. D. ad exhib. 10. 4. L. 68. D. de rei vind. 6. 1. [t] L. 9. Cod. unde vi. 8. 4. (Imp. Zeno A. Sebastiano p. p.)

actiones, und bonae fidei actiones, sofern sie auf ein restituere gingen und daher zugleich arbitrariae waren. (Gai. IV. 47.) Vgl. Schröter in seiner und Linde's Ztschr. VII. 11. Savigny V. §. 221. 222. Mommsen Beitr. II. S. 259. fg. Nach heutigem Recht kommt aber darauf, ob die Klage stricti iuris ist, nichts mehr an. Sav. V. S. 141. 145.

[3] In diesem Fall heißt es: iurare autem in infinitum, sine ulla taxatione, licet. L. 4. §. 2. D. h. t. L. 68. cit. Mit Unrecht hat man darnach ein iusiurandum in litem affectionis angenommen, unterschieden von einem sog. iusiurandum in litem veritatis. Vgl. dagegen Schröter S. 395. fg. Vang. §. 171. Natürlich aber ist der Schätzungseid dem Schwörenden regelmäßig vortheilhafter als die richterliche Schätzung. L. 18. D. h. t. L. 2. Cod. h. t.

[4] Keine Besonderheit dieses Eides ist es, daß dadurch auch die Existenz des Schadens, nicht bloß dessen Größe, bewiesen werden könne. arg. L. 10. D. h. t.

§. 116.

D. Vom Urtheil[1].

Das richterliche Urtheil soll den Streit beendigen, Wiederholung desselben streitigen Rechtsanspruchs durch dasselbe abgeschnitten werden[2]. Daher die Regel: was durch rechtskräftiges Urtheil in Ansehung der streitigen Rechtsverhältnisse der Parteien entschieden ist, muß unter diesen ferner als unstreitig gelten[a]; weder kann es von derjenigen Partei, gegen welche entschieden ist, ferner angefochten, noch braucht es von derjenigen, zu deren Gunsten die Entscheidung lautet, jener gegenüber ferner bewiesen zu werden[b]; das Urtheil begründet formelles Recht[3]. Ist durch dasselbe der Beklagte zu einer Leistung verurtheilt, so ist dadurch das Recht des Klägers auf Erfüllung eben dieser Leistung festgestellt, und er kann diese nun durch eine blos auf das Urtheil sich gründende Klage (actio iudicati) oder (nach heutigem processualischem Gebrauch) ein Vollziehungsgesuch erwirken[c]. Jedes rechtskräftige Urtheil aber, es sey zu Gunsten des Beklagten oder des Klägers, freisprechend oder verurtheilend, begründet für die eine und die andere Partei gegen jede spätere von der Gegenpartei versuchte Geltendmachung eines den durch jenes entschiedenen und anerkannten Verhältnissen widerstreitenden Rechtsanspruches die

[a] L. 207. D. de R. J. cf. L. 35. §. 2. D. de rei vind. 6. 1. [b] L. 11. §. 3. L. 12. D. de iureiur. 12. 2. [c] Dig. de re iudicata et de effectu sententiarum et de interlocutionibus. 42. 1. Cod. de sententiis et interlocutionibus omnium judicum. 7. 45. de re iudicata. 7. 52. de executione rei iudicatae. 7. 53. de usuris rei iudicatae. 7. 54.

Einrede der rechtskräftig entschiedenen Sache[4], exceptio rei iudicatae[d], nach Umständen replicatio oder duplicatio[e], wodurch dieser als abgeurtheilt zurückgewiesen werden kann[f]. Diese Rechtskraft des Urtheils wirkt aber nur für und gegen dieselben Parteien[g] und deren Rechtsnachfolger[h] oder überhaupt diejenigen, welche ihr Recht von dem Recht einer Partei ableiten, nachdem über dieses bereits das rechtskräftige Urtheil ergangen war[i]. Nur ausnahmsweise und in bestimmten Fällen[k] erstreckt sich jene Wirkung auch auf andre Personen, welche weder bei dem entschiedenen Rechtsstreit als Partei betheiligt waren, noch in jenes Verhältniß zu einer Partei eingetreten sind.

Anm. 1 Vgl. hierüber die §. 113. Anm. 1. angeführten Schriften von Keller, Wächter und Buchka, sodann vorzüglich die classische Ausführung von Savigny §. 280 ... 301. Bd. VI. S. 257 ... 535.

2 L. 1. D. de re iud. 42. 1. Res iudicata dicitur, quae finem controversiarum pronuntiatione iudicis accepit, quod vel condemnatione vel absolutione contingit. — L. 6. D. de except. rei iud. 44. 2. Singulis controversiis singulas actiones unumque iudicati finem sufficere, probabili ratione placuit; ne aliter modus litium multiplicatus summam atque inexplicabilem faciat difficultatem, maxime si diversa pronuntiarentur. Parere ergo exceptionem (Vulg. *exceptioni*) rei iudicatae frequens est. Savigny S. 262. emendirt *exceptionem rem iudicatam.*

3 L. 207. D. de R. J. Res iudicata pro veritate accipitur (vgl. L. 25. in f. D. de statu hom. 1. 5.). L. 11. §. 3. D. de iureiur. Si, quum de hereditate inter me et te controversia esset, iuravero, hereditatem meam esse, id consequi debeo, quod haberem, si secundum me de hereditate pronuntiatum esset, ... perindeque haberi quod iuratum est, atque si probatum esset. L. 12. eod. ... si petiissem a te hereditatem et probassem meam, nihilominus ab altero petendo id ipsum probare necesse haberem. Vgl. Windscheid die Actio des röm. Civilrechts S. 109. fg. gegen Pfeiffer im civ. Arch. XXXVII. 4. 10. — Ueber die Frage, ob und wiefern, was durch das Urtheil entschieden sey, aus den Entscheidungsgründen zu entnehmen sey (sog.

d Dig. de exceptione rei iudicatae. 44. 2. e L. 24. D. l. c. f L. 1. 3. 7. 8. 26 pr. §. 1. L. 30. D. l. c. cf. L. 11. §. 6. L. 14. §. 3. L. 31. ibid. L. 33. §. 1. D. de usufr. 7. 1. — L. 11. §. 4. 5. L. 25. pr. ibid. L. 12. §. 2. D. ad exhib. 10. 4. — L. 9. pr. L. 17. 18. D. h. t. L. 8. pr. D. ratam rem. 46. 8. g Cod. quibus res iudicata non nocet. 7. 46. inter alios acta vel iudicata aliis non nocere. 7. 60. cf. L. 4. 11. §. 7. L. 25. §. 2. D. l. c. L. 27. 40. §. 2. L. 66. D. de procuratoribus. 3. 3. h L. 9. §. 2. L. 11. §. 3. 8. 9. L. 28. D. l. c. i L. 11. §. 10. L. 29. §. 1. D. l. c. L. 3. §. 1. D. de pign. 20. 1. k L. 25. D. de statu hom. 1. 5. L. 24. D. de dolo. 4. 3. cf. Dig. de collusione detegenda. 40. 16. L. 1. 5. D. si ingenuus esse dicetur. 40. 14. L. 9. 42. D. de liberali causa 40. 12. — L. 1. §. 16 . . . L. 3. pr. D. de agnosc. lib. 25. 3. — L. 3. pr. D. de pign. 20. 1. L. 50. §. 1. D. de legat. I. L. 14. D. de appellat. 49. 1. L. 12. Cod. de pet. hered. 3. 31. L. 6. §. 1. L. 8. §. 16. L. 17. §. 1. D. de inoff. test. 5. 2. — L. 63. D. de re iud. 42. 1. — L. 4. §. 3. 4. L. 6. §. 4. D. si serv. vind. 8. 5.

Rechtskraft der Gründe) hat Savigny §. 291. fg. zwar nicht „den Schein eines Quellenbeweises", den hier kaum Jemand erwarten konnte, gleichwohl aber helles Licht verbreitet. Vgl. Schäffer in Linde's Ztschr. n. F. XII. 9.

4 L. 3. D. h. t. 44. 2. (Ulp. lib. XV. ad Edictum). Julianus lib. 3. Dig. respondit: exceptionem rei iudicatae obstare, quotiens eadem quaestio (Savigny „dieselbe Rechtsfrage") inter easdem partes revocatur. L. 7. §. 4. D. ibid. (Ulp. lib. LXXV. ad Edictum). Et generaliter, ut Julianus definit, exceptio rei iudicatae obstat, quotiens inter easdem personas eadem quaestio revocatur, vel alio genere iudicii. Vgl. §. 1. ibid. Et quidem ita definiri potest, totiens eandem rem agi, quotiens apud iudicem posteriorem id quaeritur, quod apud priorem quaesitum est. L. 19. ibid. L. 28. §. 4. D. de iureiur. 12. 2. (Ueber L. 7. cit. im Ganzen vgl. Sav. Bd. VI. S. 500...513., wornach, abweichend von den Ausgaben, das pr. abzuschließen ist mit den Worten: *nam nocebit exceptio*, und §. 1. beginnt mit den Worten: *Item si quis fundum* u. s. w. bis: *in his igitur fere omnibus exceptio nocet.* Dagegen Bekker die proc. Consumption S. 232. 336. fg.) — Seit Keller a. a. O. pflegt man für das ältere Recht eine positive und eine negative Function der exceptio rei iudicatae zu unterscheiden, die erste zur Abwehr jeder fernern Anfechtung des materiellen Inhalts des Urtheils dienend, die letzte nunmehr an die Stelle der durch die litis contestatio begründet gewesenen exceptio rei in litem deductae tretend, welche letzte Function aber, obwohl sich noch einzelne Spuren davon erhalten (z. B. L. 9. §. 1. L. 16. D. h. t. L. 16. §. 5. D. de pign. 20. 1. L. 2. Cod. de iud. 3. 1. L. 22. §. 8. D. rat. rem hab. 46. 6.), im Justinianischen Recht völlig weggefallen sey, wohingegen nun die Exceptio in ihrer positiven Function, überall dem practischen Bedürfniß genügend, allein ausreiche. Wächter Erörtr. III. S. 41. fg. Sav. VI. S. 261. 403. 511. fg. Vang. 6. Aufl. I. S. 313. Dagegen sind zwar gewichtige Bedenken erhoben von Bekker a. a. O., welcher die Bedeutung der exc. rei iud. und den Umfang ihrer Wirksamkeit im Ganzen nur nach der Regel: „bis de eadem re ne sit actio" zu bestimmen sucht (§. 113. Anm. 3.), und die sog. positive Function der Exceptio gänzlich in Abrede stellt. (Vgl. Dernburg in der Heidelb. krit. Ztschr. II. S. 347. fg. u. Pfeiffer a. a. O.). Damit stimmt auch vollkommen überein Brinz I. §. 45. Allein vgl. dagegen Helmolt in d. krit. Ueberschau III. 6. und vorzüglich die gründliche Erörterung von Windscheid a. a. O. S. 82...119., darüber auch Dworzak in der krit. Ueberschau V. S. 18. fg.

5 Streitfrage: Ob bei dinglichen Klagen eine Beschränkung der exceptio rei iudicatae auf einen speciell angegebenen Erwerbgrund des Rechts stattfinde? gegen die bis dahin unbestrittene gemeine Meinung verneint von Puchta im Rh. Mus. II. S. 251...270. III. S. 467...487. Inst. II. §. 175., und nach ihm von Sint. §. 34. not. 46. Erläutr. S. 219...250. Dagegen zunächst Heffter im Rh. Mus. III. 222...238. Wächter Hdb. II. S. 445., dann vorzüglich Savigny §. 300. und Beil. XVII. Bd. VI. S. 514...535.; vgl. auch Brinz I. S. 156. fg. und Buchka I. S. 145. II. S. 192., welcher letzte die Frage nach römischem Recht zwar verneinend, nach heutigem aber bejahend

beantwortet. Die entscheidenden Stellen sind: a) L. 11. §. 1. 2. D. h. t. Denique et Celsus scribit, si hominem petiero, quem ob eam rem meam esse existimavi, quod mihi traditus ab alio est, cum is ex hereditaria causa meus esset, rursus petenti mihi obstaturam exceptionem. — Si quis autem petat fundum suum esse, eo quod Titius eum sibi tradiderit, si postea alia ex causa petat, causa adiecta, non debet summoveri exceptione. Vgl. §. 4. ibid. Ceterum si forte petiero fundum vel hominem, mox alia causa nova post petitionem mihi accesserit, quae dominium mihi tribuat, non me repellet ista exceptio... §. 5. Itaque adquisitum quidem postea dominium aliam causam facit, mutata autem opinio petitoris non facit. b) L. 14. §. 2. D. h. t. Actiones in personam ab actionibus in rem hoc differunt, quod quum eadem res ab eodem mihi debeatur, singulas obligationes singulae causae sequuntur, nec ulla earum alterius petitione vitiatur; at quum in rem ago, non expressa causa, ex qua rem meam esse dico, omnes causae una petitione apprehenduntur; neque enim amplius quam semel res mea esse potest, saepius autem deberi potest. Vgl. auch L. 3. Cod. de petit. hered. 3. 31.; sodann cap. 3. de sent. in sexto. 2. 14. (§. 113.) — Nach heutigem Recht will die Kraft des Urtheils immer nur auf den im Proceß wirklich geltend gemachten Erwerbgrund des dinglichen Rechtes beschränken Kierulff I. S. 257.

E. Von der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand[1].

§. 117.

1) Begriff.

Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, in integrum restitutio[a], auch wohl integri restitutio[b], im engern und eigentlichen Sinn[2], ist die Wiederherstellung eines frühern Rechtszustandes[c], die als außerordentliche Rechtshülfe[d] durch die richterliche Gewalt gegen das strenge Recht demjenigen gewährt wird, welcher diesem gemäß eine nachtheilige Aenderung in einem Rechtsverhältnisse erlitten hat, deren Beseitigung aus bestimmten Gründen[e] als eine Forderung der Billigkeit (der ausgleichenden Gerechtigkeit) erscheint[3].

Anm. 1 Litteratur: Burchardi, die Lehre von der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand. Göttingen 1831. Schröter, über Wesen und Umfang der in integrum restitutio, in seiner und Linde's Ztschr. VI. 3. S. 91...175.

[a] Dig. de in integrum restitutionibus. 4. 1. cf. 4. 2...6. Cod. 2. 20...54. X. de in integrum restitutione. 1. 41. Sext. de restitutione in integrum. 1. 21. Clem. de rest. in int. 1. 11. [b] Pauli sentt. de integri restitutione. 1. 7. Theod. Cod. de integri restitutione. 2. 16. [c] L. 9. §. 3. 4. L. 21. §. 5. 6. D. quod met. 4. 2. L. 2. Cod. in quib. caus. 2. 41. L. 2. Cod. quib. ex caus. mai. 2. 54. Paul. l. c. §. 1. [d] L. 1. 16. pr. D. de minor. 4. 4. [e] L. 1...3. L. 7. D. h. t.

(1833). Schneider, die allgemein subsidiären Klagen des römischen Rechts. Rostock 1834. S. 215...307. Savigny §. 315...343. Bd. VII. S. 90 bis 309. Puchta Syst. §. 100...107. Vgl. auch dessen Cursus der Inst. II. §. 177. 209. — Nach dem Heise'schen System steht diese Lehre am Ende des Ganzen; so bei Wening-Ingenheim Bd. III. §. 552...563. Ebenso bei Seuffert Bd. V. §. 665...674.

[2] In weiterer Bedeutung dient derselbe Ausdruck wohl zur Bezeichnung einer jeden materiellen Wiederherstellung früherer Verhältnisse, mag sie auch durch bloße Uebereinkunft oder durch ein gewöhnliches Rechtsmittel herbeigeführt werden, oder selbst ipso iure eintreten. L. 58. D. de pactis. 2. 14. — L. 23. §. 7. D. de aed. ed. 21. 1. — L. 3. §. 4. D. de al. iud. mut. 4. 7. L. 10. Cod. de rescind. vend. 4. 44. L. 10. §. 22. D. quae in fraud. cred. 42. 8. L. 10. Cod. de postlim. 8. 51. vgl. L. 19. pr. D. de captivis et postlim. 49. 15.

[3] L. 3. D. h. t. Omnes in integrum restitutiones causa cognita a praetore promittuntur, scilicet ut iustitiam earum causarum examinet, an verae sint, quarum nomine singulis subvenit. Vgl. Puchta §. 100. „Das Eigenthümliche dieses Rechtsmittels liegt nicht in seiner Wirkung: der Wiederherstellung eines frühern Zustandes, denn diese hat es mit andern gemein, auch nicht in der causae cognitio, die seiner Ertheilung vorhergeht, denn auch davon gilt dasselbe, sondern darin, daß es auf der über den Festsetzungen und Formen des gewöhnlichen Rechts stehenden Gerechtigkeit (aequitas) beruht, deren Anforderung und Wirkung die Behörde in dem concreten Fall zu prüfen und zu leiten hat." Ihren Ursprung hat die in integrum restitutio im prätorischen Edicte; sie war eines der Mittel, wodurch der Prätor unbillige Ergebnisse des strengen Rechts zu mildern suchte. In manchen Fällen aber wird aus denselben Billigkeitsrücksichten, welche auch als Gründe einer i. i. r. angeführt werden, die erforderliche Hülfe durch gewöhnliche Rechtsmittel, Klagen und Einreden, gewährt (Anm. 2.), wohin u. a. namentlich die actio und exceptio doli und quod metus causa (§. 61. 62.) gehören, die mit Unrecht von einigen noch in das Gebiet der eigentlichen Restitutionen hineingezogen werden, z. B. Mühlenbruch §. 158. vgl. auch Burchardi §. 18. Dagegen Schröter und Schneider a. a. O. Savigny S. 103...107. S. 112. „Noch wichtiger war es, daß die Prätoren in manchen wichtigen Fällen die früher dargebotene Restitution in gewöhnliche Klagen und Einreden umwandelten, also die bis dahin unfertige Regel in eine fertige auflösten, so daß in diesen Fällen von der früheren Restitution, außer unbedeutenden Ueberresten der Anwendung, nur noch ein Andenken übrig bleibt in der Stellung, welche jenen Klagen im Edict und in den Digesten zu Theil geworden ist." (Dig. IV. 2. 3. 7.) Andrerseits erhielten die Regeln über Restitution allmählich eine festere Bestimmung und „so ist von verschiedenen Seiten her die Restitution im Laufe der Zeiten mehr und mehr den gewöhnlichen Rechtsmitteln angenähert worden, und in dieser sehr veränderten Gestalt ist sie als Bestandtheil des gemeinen Rechts zu uns herübergekommen. — Bei unbefangener Betrachtung muß eingeräumt werden, daß dieses Institut des römischen Rechts weniger, als die meisten andern, einen innern Grund des Fortbestandes und der

Einwirkung auf den heutigen Rechtszustand mit sich führt." Sav. S. 113. „Jedoch ganz wird sie nie entbehrlich werden." Puchta Vorles. I. S. 209.

[4] Die i. i. r. ein Gnadenact? verwandt der Begnadigung im Strafrecht, die auch i. i. r. genannt wird. L. 1. §. 9. 10. D. de postulando 3. 1. Deinde adiicit praetor: *qui ex his omnibus . . . in integrum restitutus non erit* . . . §. 10. De qua autem in integrum restitutione praetor loquitur? utrum de ea, quae a principe (Vulg. ins. *est*) vel a senatu? Pomponius quaerit; et putat de ea restitutione sensum, quam princeps vel senatus indulsit. An autem et praetor restituere possit, quaeritur; et mihi videtur, talia praetorum decreta non esse servanda, nisi sicubi (Vulg. *si cui*) ex officio iurisdictionis suae subvenerunt, ut in aetate observatur, ceterisque speciebus, quas sub titulo *de integrum restitutione* exsequemur. (§. 31. not. c. d.) Vgl. L. 1. §. 2. D. ad leg. Jul. de ambitu. 8. 14. L. 1. Cod. de sent. passis et restitutis. 9. 51. Burchardi §. 3. Dagegen Schröter S. 169...174. Puchta §. 100. not. c. Vermittelnd Savigny S. 116...118.

2) Voraussetzungen.

§. 118.

a) Verletzung.

Die Voraussetzungen, unter denen Wiedereinsetzung in den vorigen Stand begehrt werden kann, sind eine erlittene Verletzung (Läsion) und ein Restitutionsgrund. Was die erste betrifft, so muß sie in einer nachtheiligen Aenderung von Rechtsverhältnissen bestehen, welche dem geltenden regelmäßigen Rechte gemäß eingetreten ist, also eine Rechtsverletzung nicht enthält, gegen welche daher dieses keine Hülfe gewährt [a]. Der Nachtheil kann nicht nur in einem Vermögensverluste (damnum), sondern auch in Entgang eines möglich gewesenen Erwerbes (lucrum) bestehen [b], jedoch [c] nicht auch eines Gewinnes, der nur durch Vermögensverkürzung eines Andern gemacht werden konnte [1]; auch braucht der Nachtheil nicht wesentlich das Vermögen zu betreffen [d]. Die Rechtsänderung aber, welche den Nachtheil mit sich bringt, kann durch positive Handlungen, Rechtsgeschäfte, oder durch Versäumnisse herbeigeführt

[a] L. 16. pr. § 1. 3. D. de minor. 4. 4. Cod. in quibus causis in integrum restitutio necessaria non est. 2. 41. [b] L. 6. 7. §. 6. L. 44. D. de minor. 4. 4. L. 27. D. ex quib. caus. mai. 4. 6. [c] L. 18. 20. D. l. c. L. 37. pr. D. de minor. 4. 4. cf. L. 17. §. 3. D. de usur. 22. 1. [d] L. 3. §. 6. D. de minor. 4. 4. L. 35. ibid. — L. 6. ibid. L. 41. D. de recept. 4. 8.

und so denn in den manchfaltigsten Beziehungen [e] zu einer Wiedereinsetzung in den vorigen Stand Anlaß gegeben seyn [2].

Anm. [1] L. 18. D. 4. 6. . . . in his casibus restitutionis auxilium maioribus damus, in quibus rei duntaxat persequendae gratia quaeruntur, non quum et lucri faciendi ex alterius poena vel damno auxilium sibi impertiri desiderant. — L. 20. eod. . . . quum sit iniquissimum auferre domino, quod usus non abstulit, neque enim intelligitur amissum, quod ablatum alteri non est. — Zwischen Minderjährigen und andern Personen unterscheidet in dieser Beziehung unter andern Puchta §. 101. not. d.; dagegen Burchardi §. 6. Sav. S. 121 . . . 124.

[2] Ueber die Frage, ob ein bedeutender oder „nicht ganz unbedeutender" Nachtheil vorausgesetzt werde? vgl. Burchardi §. 8., der die Regel bestreitet, und gegen diesen Vang. §. 176. Sint. §. 36. not. 42. — „*Minima non curat praetor.*" — In einigen Fällen wird ausdrücklich ein beträchtlicher oder sehr beträchtlicher Schaden vorausgesetzt, L. 9. pr. 49. D. de minor. 4. 4. L. 1. Cod. si adv. vend. pign. L. 1. 3. Cod. si adv. fiscum. §. 6. J. de hered. qual. 2. 19.; im Allgemeinen aber wird die Erheblichkeit des durch die Restitution zu beseitigenden Nachtheils im Vergleich mit dem andrerseits daraus hervorgehenden berücksichtigt. L. 4. D. h. t.

b) Restitutionsgründe [1].

§. 119.

a) Minderjährigkeit [a].

Wegen Minderjährigkeit [b] gewährt das römische Recht [2] Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen rechtliche Nachtheile, welche dem Minderjährigen, und zwar ihm selbst, nicht blos durch ihn einem Andern [c], durch Handlungen oder Versäumnisse, die er selbst oder seine Vertreter begangen haben [d], verursacht worden sind [3], sofern ihm nicht das ordentliche Recht schon eine ausreichende Hülfe dagegen darbietet. Gegen ein an sich demselben vortheilhaftes Rechtsgeschäft, das nur durch später hinzutretenden

[e] Cod. si adversus rem iudicatam restitutio postuletur. 2. 27., si adversus venditionem. 2. 28., si adversus venditionem pignorum. 2. 29., si adversus donationem 2. 30., si adv. libertatem. 2. 31., si adv. transactionem vel divisionem. 2. 32., si adv. solutionem a tutore vel a se factam. 2. 33., si adv. dotem. 2. 34., si adv. usucapionem. 2. 36., si adv. fiscum. 2. 37., si adv. creditorem. 2. 38., si minor ab hereditate se abstineat. 2. 39., si ut omissam hereditatem vel bonorum possessionem vel quid aliud acquirat. 2. 40., cf. si adv. delictum. 2. 35.

[a] Dig. de minoribus viginti quinque annis. 4. 4. Cod. de in integrum restitutione minorum. 2. 22. [b] L. 1. 24. §. 1. D. h. t. [c] L. 3. §. 4 . . . 11. L. 4. 5. L. 23. 38. §. 1. D. h. t. Cod. de filiofamilias minore. 2. 23. [d] L. 29. pr. §. 1. L. 38. pr. L. 41. pr. D. h. t. L. 2. 3. Cod. si tutor vel curator intervenerit. 2. 25. L. 4. 5. Cod. si adv. rem iud. 2. 29. cf. L. 38. pr. D h. t. L. 2. Cod. si adv. vend. pign. 2. 29. — L. 11. Cod. de praediis. 5. 71. L. 2. Cod. de fideiussoribus minorum. 2. 24.

Zufall zu seinem Nachtheil ausgeschlagen ist, findet sie nicht statt [e], wohl aber dann, wenn der Nachtheil des Rechtsgeschäfts durch Mitwirken der Unerfahrenheit oder des Leichtsinns des Minderjährigen herbeigeführt wurde [f]. Dagegen hat derselbe keinen Anspruch auf Restitution, sofern ihm bei dem fraglichen Geschäft eine Unredlichkeit zur Last fällt [g], daher insbesondere auch dann nicht, wenn er bei dessen Abschluß sich betrüglicherweise für volljährig ausgegeben hat [h]. Auch ist sie ausgeschlossen gegen ein durch seinen Eid bestärktes [i], wie gegen ein nach erlangter Großjährigkeit genehmigtes Rechtsgeschäft [k], desgleichen in gewissen Fällen, in denen das Verlangen derselben unsittlich oder unanständig erscheint [l]. Durch Volljährigkeitserklärung (§. 36) hört dieses ius singulare eben so wohl auf als durch Erreichung des volljährigen Alters [m]; nach Analogie dieser Regel aber wird die Restitution mit Recht auch gegen solche Geschäfte verweigert, zu denen der Minderjährige eine öffentliche Ermächtigung erhalten hat.

Gleich den Minderjährigen ist gesetzlich auch den Gemeinden [n], Kirchen und milden Stiftungen [o] ein Restitutionsanspruch beigelegt worden, und durch eine sehr verbreitete aber bedenkliche Praxis überhaupt allen Corporationen so wie dem Fiscus [4].

Anm. 1 In den Digesten kommen die Restitutionsgründe, ohne Zweifel nach dem Edict, in folgender Ordnung vor: metus, dolus malus, minor aetas, capitis deminutio, absentia (Dig. IV. 2...6. cf. Cod. II. 20...22. 51.), und an einem anderen Ort in besonderer Beziehung error (Dig. quod falso tutore gestum esse dicatur. 27. 6.). Vgl. L. 1. 2. D. de i. i. r. 4. 1. Pauli sentt. 1. 7. §. 2. Der Bedeutung der einzelnen Fälle im geltenden Rechte entspricht diese Ordnung nicht mehr. Sav. §. 320.

2 Ueber den heutigen Werth dieses Instituts vgl. Savigny S. 149. „Bei unbefangener Erwägung dieser Umstände muß man sich überzeugen, daß ein innerer Grund des Fortbestehens der Restitution der Minderjährigen nicht mehr vorhanden ist. Für die Sicherheit derselben muß vielmehr durch Verbesserung des Vormundschaftsrechts gesorgt werden." Dagegen ein Wort zu dessen Vertheidigung bei Brinz I. S. 117. fg. Vgl. auch den Code Nap. art. 1305...1312., nach

[e] L. 11. §. 4. 5. D. h. t. [f] L. 24. §. 4. L. 27. §. 1. D. h. t. cf. L. 32. §. 4. D. de adm. 26. 7. L. 2. Cod. si adv. cred. 2. 38. [g] L. 9. §. 2. 5. D. h. t. [h] Cod. si minor se maiorem dixerit. 2. 43. [i] Auth. *sacramenta puberum* ad L. 1. Cod. si adv. vend. 2. 28. [k] Cod. si maior factus ratum habuerit. 2. 46. L. 3. §. 1. 2. L. 20. §. 1. 21. D. h. t. [l] L. 1. Cod. si adv. donat. 2. 30. L. 11. Cod. de transact. 2. 4. Nov. 115. cap. 3. §. 13. in f. [m] Cod. de his qui veniam aet. imp. 2. 45. L. 5. pr. Cod. de temp. i. i. r. 2. 53. cf. L. 1. §. 2. D. h. t. [n] L. 4. Cod. quib. ex caus. mai. 2. 54. L. 3. Cod. de iure reipub. 11. 29. [o] cap. 1. 3. 6. X. h. t. cap. 11. X. de reb. eccles. 3. 13.

welchem Gesetzbuch freilich für Verbesserung des Vormundschaftsrechts noch besonders „viel zu leisten übrig bleibt."

[3] Eine besondere Ausnahme in L. 8. §. 6. Cod. de bon. quae lib. 6. 61. — Streitige Ausnahmen: a) L. 25. Cod. de adm. 5. 37. §. 2. J. quib. al. lic. 2. 8. cf. L. 7. §. 2. D. h. t. L. 1. Cod. si adv. solut. 2. 33. Burchardi S. 248. Puchta §. 103. not. i. Dagegen Sav. S. 151. b) L. 3. §. 4. D. h. t. L. 2. Cod. de filiofam. min. 2. 23. Puchta und Burch. a. a. O. Dagegen Sav. Beil. XVIII. S. 277...291. — Unpraktische Ausnahmen: L. 3. §. 11. Cod. de iud. 3. 1. L. 1. §. 1. Cod. de plus petit. 3. 10. — Begehrt ein Minderjähriger Restitution gegen einen andern Minderjährigen, so gilt die Regel: in pari causa melior est conditio possidentis, sofern nicht der eine auf Kosten des andern einen reinen Gewinn hat. L. 11. §. 6. D. h. t. L. 128. pr. D. de R. J. (§. 92.)

[4] Kreittmayr Anm. z. bayr. Landr. I. 7. §. 36. No. 8. „Jure minorum gaudiren . . . in Summa alle andre approbirte Communitäten, corpora und collegia". Dagegen Sav. VII. S. 160. — Auch dem erklärten Verschwender wird die gleiche Wohlthat beigelegt durch ein oberstrichterliches Erkenntniß in Seuffert's Arch. III. 190.

§. 120.

β) Abwesenheit und ähnliche Umstände [a].

Die Abwesenheit einer Person kann die entschuldbare Ursache einer Versäumniß und dadurch eines Rechtsverlustes werden, gegen welchen eben deshalb eine Abhülfe zu gewähren billig scheint. Dasselbe gilt von manchfaltigen andern Hindernissen der Vornahme von Handlungen, wodurch ein Rechtsverlust zu verhüten wäre. Das prätorische Edict [b] versprach daher Widereinsetzung in den vorigen Stand für eine Reihe von näher bezeichneten Fällen dieser Art, und fügte noch eine allgemeine Zusage gleicher Rechtshülfe in verwandten Fällen hinzu [1]. Nach dem Inhalt und der praktischen Auslegung dieses Edicts kann nun überall Restitution eintreten, wenn Jemand einen Rechtsverlust deshalb erlitten hat, weil er durch entschuldigende äußere Hindernisse abgehalten war, sein Recht auszuüben und gehörig wahrzunehmen oder dasjenige zu thun, was zur Abwendung jenes Nachtheils erforderlich war [2]. Das Hinderniß kann zunächst in der Person des Berechtigten vorhanden gewesen seyn, z. B. Abwesenheit des Berechtigten; aber auch in der Person desjenigen, gegen welchen ein Recht

[a] Dig. ex quibus causis maiores XXV. annis in integrum restituuntur. 4. 6. Cod. quib. ex caus. mai. i. i. r. 2. 54. cf. Cod. de restitutionibus militum et eorum qui reipublicae causa absunt. 2. 51. de uxoribus militum et eorum qui reipublicae causa absunt. 2. 52. [b] L. 1. §. 1. D. h. t.

geltend zu machen war, z. B. Abwesenheit des Schuldners oder Besitzers, gegen welchen Klage zu erheben war. In Fällen der letzten Art wird vorausgesetzt, daß sich auch kein Stellvertreter des Gegners (§. 77) gefunden habe, gegen welchen der Berechtigte sein Recht wahren konnte [c]. In Fällen der ersten Art dagegen kann es unter Umständen ein Grund seyn, die Restitution zu verweigern, wenn der Abwesende nachlässiger Weise keinen Vertreter bestellt hat [d], während durch das Daseyn eines solchen die Möglichkeit [e] der Restitution nicht ausgeschlossen wird [3].

Anm. [1] L. 1. §. 1. D. h. t. Verba autem Edicti talia sunt:

a) *Si cuius quid de bonis deminutum erit, cum is metu aut sine dolo malo reipublicae causa abesset; inve vinculis, servitute, hostiumque potestate esset; sive cuius actionis eorum cui dies exisse dicetur:*

b) *Item si quis quid usu suum fecisse, aut, quod non utendo sit amissum, consectus esse actioneve qua solutus ob id, quod dies exierit, cum absens non defenderetur, inve vinculis esset, secumve agendi potestatem non faceret, aut cum eum invitum in ius vocare non liceret, neque defenderetur, cumve magistratus de ea re appellatus esset; sive cui per magistratus sine dolo ipsius actio exemta esse dicetur:*

earum rerum actionem intra annum, quo primum de ea re experiundi potestas erit;

c) *Item si qua alia mihi iusta causa esse videbitur, in integrum restituam, quod eius per leges, plebis scita, senatus consulta, edicta, decreta principum licebit.*

Ueber die hier aufgenommenen Lesarten vgl. Savigny S. 165. fg. — Den letzten Zusatz bezeichnen die römischen Juristen als generalis clausula. L. 26. §. 1. L. 33. pr. D. h. t.

[2] Erweiterungen der Bestimmungen unter Anm. 1. a. und b., die nach der generalis clausula im römischen Recht ausdrücklich anerkannt werden, sind:

zu a) die Restitution α) der Ehefrauen der Soldaten. Cod. 2. 52. β) der militum medici. L. 33. §. 2. D. h. t. γ) der legati civitatum. L. 8. 26. §. 9. L. 35. §. 1. D. h. t. L. 1. Cod. h. t. δ) der procuratores Caesaris und des patronus fisci. L. 33. pr. L. 35. §. 2. D. h. t. ε) der absentes studiorum causa. L. 28. pr. D. h. t. ζ) desjenigen, der unter Bürgschaftsleistung sich verpflichtet hat, einen bestimmten Ort nicht zu verlassen. L. 28. §. 1. cit. η) des in Gewerbgeschäften Abwesenden. L. 57. D. mand. 17. 1. (Ueber diese Stelle Sav. S. 292...309. ϑ) der Verbannten. L. 26. §. 1. L. 40. §. 1. D. h. t. ι) der nascituri, welcher Fall jedoch auch unter die restitutio minorum subsumirt werden kann. L. 45. pr. D. de minor. 4. 4. $\varkappa$) desjenigen, der durch Ueberschwemmung oder durch Austrocknen einer Quelle seine

[c] L. 1. 21. §. 2. 3. L. 22. pr. L. 26. §. 3. D. h t. — L. 39. D. h. t.? [d] L. 26. pr. L. 28. pr. D. h. t. L. 20. pr. D. de minor. 4. 4. [e] L. 26. §. 9. D. h. t. vgl. mit L. 1. Cod. h. t. — L. 15. pr. D. h. t. — L. 8. D. de in int. rest. 4. 1. — L. 39. D. h. t.?

seine Servitut auszuüben verhindert war. L. 34. §. 1. L. 35. D. de s. p. r. 8. 3. L. 14. pr. D. quemadm. serv. am. 8. 6. L. 1. §. 9. D. de itin. 43. 19. λ) des Erben, welcher durch den Aufschub der Testamentseröffnung nach dem Sc. Silanianum einen Verlust erlitten. L. 3. §. 30. 31. D. ad Sc. Silan. 29. 5.

zu b) die Restitution gegen einen Wahnsinnigen, ein Kind oder eine Gemeinde, welche keinen Vertreter haben. L. 22. §. 2. D. h. t. L. 124. §. 1. D. de R. J. — Savigny S. 185. rechnet dahin noch zwei andere Fälle nach L. 23. §. 3. D. h. t., aber diese fallen schon unter die ausdrückliche Bestimmung des Edicts, weil der Kriegsgefangene (apud hostes) jedenfalls abwesend ist.

Erschöpfend sind diese Fälle nicht, und ist z. B. kein Zweifel, daß der Wahnsinnige auch nach Analogie von a) zu restituiren ist (Seuffert's Arch. V. 103.), während das Kind und die Gemeinde ohnehin schon vollständiger nach §. 119. geschützt sind. Die neuern Praktiker aber haben der sog. restitutio ex clausula generali eine viel zu weite und unbestimmte Ausdehnung gegeben. Vgl. Francke Beitr. S. 68. fg. Burchardi §. 12. Savigny S. 166. fg.

[3] L. 39. D. h. t. Is, qui reipublicae causa abfuturus erat, si procuratorem reliquerit, per quem defendi potuit, in integrum volens restitui non auditur. Diese Stelle wird von Manchen auf den Fall unter Anm. 1. b. bezogen. Noodt Comm. ad Pand. h. t. Dagegen Burchardi S. 166. 175. Savigny S. 176 . . . 180.

§. 121.

γ) Zwang, Betrug, Irrthum.

Diese werden unter den Gründen der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand besonders genannt [a]. Zwang und Betrug begründen zwar eigene Ersatzklagen und Einreden, welche eine eigentliche i. i. r. meistentheils entbehrlich machen; allein es ist gleichwohl auch diese Art der Rechtshülfe gegen die Folgen solcher Unrechtlichkeit, sowohl des Betruges [b] als des Zwanges [c], als zulässig anerkannt, indem jene Rechtsmittel nicht überall ihrem Zwecke genügend entsprechen [1]. Irrthum, ohne Voraussetzung eines dabei mitwirkenden Betruges, aber natürlich nur entschuldbarer Irrthum [d], iustus error, war für einen Fall im prätorischen Edict ausdrücklich als Restitutionsgrund anerkannt [e]; außerdem aber wird auch sonst noch in verschiedenen Fällen [f], wo dringliche Billigkeit

[a] L. 1. 2. D. de i. i. r. 4. 1. Pauli sentt. I. 7. §. 2. [b] L. 7. D. l. c. L. 18. D. de int. in iure. 11. 1. L. 33. D. de re iud. 42. 1. L. 3. Cod. quib. ex caus. mai. 2. 54. L. 10. Cod. de rescind. vend. 4. 44. [c] L. 9. §. 4. 5. 6. D. quod met. 4. 2. L. 3. Cod. de his quae vi. 2. 20. — L. 21. §. 5. 6. D. l. c. L. 85. D. de acquir. hered. 29. 2. cf. L. 6. §. 7. d. eod. [d] L. 2. D. cit. [e] Dig. quod falso tutore auctore gestum esse dicatur. 27. 6. [f] L. 1. §. 17. D. de separat. 42. 6. L. 17. D. de his quae ut indignis. 34. 9.

es fordert, insbesondere gegen processualische Nachtheile[g], aus diesem Grunde zugelassen.

Dagegen kann der Restitution wegen capitis deminutio[h] eine praktische Bedeutung nicht mehr beigelegt werden[2].

Anm. [1] Puchta §. 102. not. d. hält die Restitution wegen Zwanges und Betrugs für unpraktisch, weil es schon nach R. R. bei bonae fidei negotia keiner Restitution bedurfte, um dem Gezwungenen oder Betrogenen zu helfen, dem Geiste des neuern Rechts gemäß aber dieses für alle Verhältnisse zu behaupten, also der Schutz einer solchen Person überall als ein Grundsatz schon des ordentlichen Rechts zu betrachten sey. Dagegen Savigny S. 194. not. g. S. 209. — Ueber die verschiedenen Ansichten überhaupt vgl. Burchardi §. 18...20. Schröter S. 116 bis 130. Vang. §. 185. Sav. S. 330. 332. Insbesondere über das Verhältniß der entehrenden actio doli zu der i. i. r. vgl. L. 7. §. 1. D. de i. i. r. 4. 1. Et boni praetoris est potius restituere litem, ut et ratio et aequitas postulabit, quam actionem famosam constituere, ad quam tunc demum descendendum est, quum remedio locus esse non potest. L. 1. §. 6. de dolo. 4. 3. Item Pomponius refert, Labeonem existimare, etiamsi quis in integrum restitui possit, non debere ei hanc actionem competere. Savigny S. 203...209.

[2] Sav. S. 211. „Diese Restitution führte nur den leeren Namen einer solchen, indem die eigenthümliche Natur der Restitution bei ihr gar nicht zur Anwendung kam ..... Es war also in der That eine praktische Aufhebung des alten Rechtssatzes, nur versteckt unter der Form einer Restitution, gewissermaßen aus Respect gegen das alte Civilrecht." Andrer Meinung Vang. §. 34. a. E. §. 187.

§. 122.

c) Rechtzeitiges Gesuch[a].

Die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wird nur auf Gesuch des Verletzten ertheilt, welches innerhalb einer Verjährungsfrist[1] von vier Jahren bei dem zuständigen Gericht eingebracht seyn muß[b]. Diese beginnt für die Restitution wegen Minderjährigkeit mit dem Beginn der Volljährigkeit, d. i. mit dem ersten Tage des 26. Lebensjahres, beziehungsweise mit dem Tage der gerichtlich vollzogenen Volljährigkeitserklärung, in welchem Falle jedoch dieselbe nicht vor Vollendung des 25. Lebensjahres ablaufen soll[c]; für die Restitution wegen Abwesenheit und ähnlicher Hindernisse

[g] L. 11. §. 8...10. D. de int. in iure. 11. 1. L. 7. in f. D. de confessis. 42. 2. L. 11. pr. D. de except. rei iud. 44. 2. L. 1. §. 5. D. de edendo. 2. 13. L. 8. §. 2. D. qui satisd. cog. 2. 8. §. 33. J. de act. 4. 6. [h] Dig. de capite minutis. 4. 5.

[a] Cod. de temporibus in integrum restitutionis tam minorum et aliarum personarum, quae restitui possunt, quam etiam heredum eorum. 2. 53. [b] L. 7. Cod. h. t. [c] L. 5. pr. Cod. h. t. cf. L. 3. §. 3. D. de minor. 4. 4.

mit dem Tage, an welchem das Hinderniß der Rechtsverfolgung beseitigt wurde[d]; desgleichen für die Restitution wegen Zwangs, Betrugs oder entschuldbaren Irrthums von der Zeit an, da deren Einwirkung fortfiel[e]; für die Restitution der Gemeinden, Kirchen[f] und milden Stiftungen (§. 119. a. E.) von der Zeit der Verletzung an[2]. Die Restitutionsfrist kann aber weiter erstreckt werden, sofern nach Beseitigung des die Restitution begründenden Umstandes noch ein anderer Restitutionsgrund besteht[g], welcher gegen die Versäumung des Restitutionsgesuches selbst wieder die Restitution rechtfertigen würde[3]. Das Recht des Restitutionsgesuchs geht auch auf den Erben über[h]; diesem aber bleibt nur der Rest der für den Erblasser bereits begonnenen Restitutionsfrist; aber auch für ihn kann die Frist erweitert werden, wenn in seiner Person ein neuer Restitutionsgrund vorliegt[i]. Uebrigens sollte nach römischem Recht innerhalb der Verjährungszeit nicht blos das Gesuch angebracht, sondern auch das Restitutionsverfahren beendigt seyn[k]. Nach heutigem Recht ist das letzte nicht mehr erforderlich.

Anm. [1] L. 7. pr. Cod. h. t. (Justinianus A. Joanni p. p.) Supervacuam differentiam utilis anni in integrum restitutionis a nostra republica separantes sancimus, et in antiqua Roma, et in hac alma urbe, et in Italia, et in aliis provinciis quadriennium continuum tantummodo numerari ex die, ex quo annus utilis currebat, et id tempus totius loci esse commune; ex differentia enim locorum aliquod induci discrimen, satis nobis absurdum visum est. Quod non solum in minorum restitutionibus, quibus utilis annus incipit currere, ex quo vicesimi sexti anni dies illuxerit, sed etiam in maiorum hoc idem adhiberi sancimus, ut et hic pro utili anno memorata continuatio temporis observetur ad interponendam contestationem finiendamque litem. Vgl. L. 6. Cod. de repud. her. 6. 31. „quadriennium, quod spatium pro utili anno, qui restitutionibus dabatur, praestitutum est.“ Daher ist in L. 26. D. 4. 6. die Erklärung Ulpian's über die Edictsworte: *intra annum, quo primum* etc. weggelassen, und anderwärts statt *utilis annus* wahrscheinlich interpolirt: *tempus restitutionis*, oder *utile*, *statutum t. r.* u. dgl. L. 19. 20. 39. pr. D. de minor. 4. 4. L. 28. §. 3. D. ex quib. caus. mai. 4. 6. L. 9. §. 4. D. de iureiur. 12. 2. Für die Restitution wegen Minderjährigkeit hatte schon Constantin ein

[d] L. 7. § 1. cit. cf. L. 1. §. 1. L. 28. §. 3. D. ex quib. caus. mai. 4. 6. [e] arg. L. 7. §. 1. cit. cap. 2. in 6to h. t. 1. 21. [f] cap. 2. in 6to cit. Clem. 1. t. 1. 11. [g] L. 1. 3. 4. Cod. h. t. cf. L. 20. pr. D. de minor. 4. 4. L. 26. §. 1. D. ex quib. caus. mai. 4. 6. — cap. 1. in 6to l. c. [h] L. 6. D. de i. i. r. 4. 1. L. 18. §. 5. D. de minor. 4. 4. [i] L. 19. D. l. c. L. 5. §. 1...3. L. 2. Cod. h. t. [k] L. 5. pr. L. 7. pr. Cod. h. t. cf. L. 6. eod. L. 39. pr. D. de minor. 4. 4. Clem. 1. cit.

tempus continuum von 3 bis 5 Jahren, nach Unterschied des Ortes, festgesetzt, worauf L. 7. cit. hindeutet. Vgl. L. 2. Theod. Cod. h. t. 2. 16., im Just. Codex mit Weglassung dieser Bestimmung als L. 5. Cod. h. t. aufgenommen. — Gegen die Beschränkung der L. 7. cit. auf die Fälle der §§. 119. 120. s. Burch. S. 509. fg. Mit Unrecht aber bezieht dieser, S. 514., das Gesetz auch auf die Restitution wegen capitis minutio, die schon nach altem Recht keiner Verjährung unterlag. L. 2. §. 5. D. de cap. min. 4. 5. Vang. §. 180. 1.

2 Auf die Kenntniß der Verletzung kommt es an sich und im Allgemeinen (vgl. not. e.) nicht an, Burch. §. 27., auch nicht nach canonischem Recht, obwohl dieses zu Gunsten der Kirchen wohl Berücksichtigung besonderer Entschuldigungsgründe für die Versäumniß zuläßt. Savigny S. 248... 251. Vermehren im civ. Arch. XXXIX. 9. gegen Keil. das. XXXVIII. 16. Vgl. jedoch Seuffert's Arch. III. 191., dagegen aber XI. 204.

3 Gewöhnlich wird behauptet, daß gegen die Versäumniß der Restitutionsfrist keine Restitution stattfinde. Arg. L. 20. pr. D. de minor. Burch. S. 134. Puchta §. 107. 3. Dagegen s. Savigny S. 258... 264. Auch dieser aber scheint L. 20. cit. noch zu strenge und allgemein zu nehmen und mit Unrecht in L. 1. 3. Cod. cit. ein ganz singuläres Vorrecht der Soldaten zu sehen. Die Vergleichung mit L. 26. §. 1. L. 28. pr. D. ex quib. caus. mai. spricht dagegen.

§. 123.

3) Verfahren.

Das Restitutionsverfahren, welches in der Regel, wie in andern Rechtsstreitigkeiten, beiderseitiges Gehör erfordert[a], hat zunächst den Zweck, eine Entscheidung über die rechtliche Begründung des Restitutionsgesuches und somit Aufhebung der verletzenden Rechtsänderung durch richterlichen Spruch herbeizuführen, sog. iudicium rescindens[b]. Auf die ertheilte Restitution kann sich alsdann ein weiterer Rechtsstreit gründen, zur Verwirklichung der daraus hervorgehenden Ansprüche, iudicium rescissorium oder restitutorium[c]. Es kann aber auch dieses zweite Verfahren mit dem ersten verschmolzen und so das Endziel durch ein zusammenhängendes Verfahren erreicht werden[d], und in vielen Fällen wird die ganze Sache schon durch ein einfaches Restitutionsdecret erledigt.

a L. 13. pr. in f. L. 29. §. 2. D. de minor. 4. 4. L. un. Cod. si adv. dot. 2. 34. nov. 119. cap. 6. b L. 3. D. de i. i. r. 4. 1. L. 24. §. 3. D. de minor. 4. 4. c L. 9. §. 4. D. quod met. 4. 2. L. 13. §. 1. D. de minor. 4. 4. L. 28. §. 5. 6. D. ex quib. caus. mai. 4. 6. L. 7. §. 3. D. quod falso. 27. 6. L. 46. §. 3. D. de procurat. 3. 3. L. 18. Cod. de iure postlim. 8. 51. cf. L. 8. §. 9. 12. 13. D. ad Sc. Vellei. 16. 1. L. 16. Cod. eod. 4. 29. d L. 13. §. 1. cit. L. 9. §. 4. D. de iureiur. 12. 2. L. 2. pr. D. ex quib. caus. mai. 4. 6. L. 24. §. 4. L. 39. pr. D. de minor. 4. 4. L. 39. pr. D. de evict. 21. 2.

Die eine Partei im Restitutionsverfahren (Restitutionskläger, Impetrant) ist der Verletzte oder dessen Universalsuccessor [e], in eigener Person oder durch einen Bevollmächtigten [f], der denn auch ein procurator in rem suam seyn kann [g]. Die andre Partei (der Restitutionsbeklagte, Impetrat) bestimmt sich darnach, wem durch die gesuchte Restitution ein erworbenes Recht wieder entzogen oder eine Verpflichtung auferlegt werden soll. Ist das wiederherzustellende Verhältniß von absolutem Charakter, so findet auch die Restitution in rem statt [h], z. B. die Restitution gegen eine vollendete Ersitzung gegen jeden Besitzer der Sache [i]; betrifft sie aber ein obligatorisches Verhältniß, so geht sie zunächst nur in personam, gegen denjenigen, welcher dadurch ein Recht erhalten hat [k], jedoch ausnahmsweise und im Nothfall auch hier gegen dritte Personen, auf welche in Folge davon nur mittelbar das dem Verletzten Entzogene übergegangen ist [l].

Die Zuständigkeit des Richters bestimmt sich heutzutage [m] nach den betreffenden allgemeinen Regeln des Proceßrechts.

Während des Verfahrens soll keiner Partei eine Aenderung in den bestehenden Verhältnissen gestattet seyn [n].

Anm. Zu den Sätzen unter not. h ... k vgl. Wetzell disp. de quaestione adversus quem i. i. r. imploranda sit. Marb. 1850. 4. Der Verf. stellt als Regel auf: die Restitution gehe nur „adversus eum, qui ex damno actoris lucrum cepit vel in id lucrum successit," so namentlich die Restitution gegen eine Ersitzung nur gegen den Ersitzenden und dessen (Universal- oder Singular-) Successoren. So auch Dollmann in den Bl. für Rtsanwendung XVI. S. 145. fg. Dagegen mit Recht Seuffert §. 665. Anm. 28. Jene Ansicht würde das wunderliche Ergebniß mit sich bringen, daß dem Verletzten gegenüber zwar nicht der rechtmäßige Besitzer auf die Ersitzung seines Rechtsurhebers, wohl aber der unrechtmäßige Besitzer auf die Ersitzung des ihm ganz fremden Usucapienten sich mit Erfolg berufen könnte, um die Klage des frühern Eigenthümers abzuwehren. Zudem: wenn nicht ein neuer von dem Usucapienten unabhängiger und daher der Restitution nicht unterliegender Erwerbgrund dem jetzigen Besitzer

e §. 122. not. g. L. 3. §. 9. 10. D. de minor. 4. 4. cf. Cod. qui et adversus quos in integrum restitui non possunt. 2. 42. f L. un. Cod. etiam per procuratorem causam in integrum restitutionis agi posse. 2. 49. L. 25. §. 1...L. 27. pr. D. de minor. 4. 4. g L. 24 pr. D. l. c. L. 20. §. 1. D. de tutelae 27. 3. (§. 112.). h Pauli sentt. I. 7. §. 4. i L. 17. pr. L. 30. §. 1. D. ex quib. caus. mai. 4. 6. L. 9. §. 4. D. quod met. 4. 2. k L. 29. §. 2. D. de minor. 4. 4. l L. 13. §. 1...L. 15. D. de minor. 4. 4. L. 9. pr. ibid. L. 1. Cod. si adv. vend. pign. 2. 29. m cf. L. 26. §. 1. D. ad municip. 50. 1. L. 16. §. 5. L. 17. 18. 42. D. de minor. 4. 4. Cod. ubi et apud quem cognitio in integrum restitutionis agitanda sit. 2. 47. cap. 9. X. h. t. 1. 41. n Cod. in integrum restitutione postulata ne quid novi fiat. 2. 50.

zur Seite steht, so muß das Eigenthum immer noch jenem oder einem Rechtsnachfolger desselben zustehen. Gegen diese aber könnte der Verletzte dann durch Restitutionsgesuch billiger Weise die Abtretung der Eigenthumsklage gegen den Dritten erwirken, und käme so denn doch zum Ziele.

§. 124.

4) Wirkung.

Zweck der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ist Zurückversetzung des Verletzten in die Lage, in welcher er vor dem verletzenden Umstande sich befand. Besteht die Verletzung in Verlust eines Rechts durch Versäumniß, so wird ihm die durch den Restitutionsgrund verlorene Zeit dazu wieder eingeräumt [a]; hat er Verbindlichkeiten übernommen, so wird er davon befreit [b]; ist ihm von seinem Vermögen sonst etwas entzogen, so muß ihm dasselbe mit allem Zubehör wieder gewährt werden [c]. Aber andrerseits soll auch die Gegenpartei in ihre frühere Lage zurückversetzt werden, jedenfalls der Restituirte keinen Gewinn in Folge des rescindirten Verhältnisses behalten [d]. Indessen kann der Restituirte auch die ertheilte Restitution unbenutzt lassen [e], sonst aber gegen deren Folgen nur unter Voraussetzung eines Restitutionsgrundes wiederum Restitution nachsuchen [f]. Dritten Personen kommt die ertheilte Restitution in der Regel nicht zu Statten [g].

§. 125.

5) Beschränkungen.

Wiedereinsetzung in den vorigen Stand soll in folgenden Fällen überhaupt nicht stattfinden: 1) gegen die Folgen eines von dem Restitution Suchenden begangenen Delicts [a]; 2) gegen Geschäfte mit den Eltern, als solchen [b]; 3) gegen fiscalische Veräußerungen [c];

[a] L. 50. D. de minor. 4. 4. L. 26. §. 7. 8. D. ex quib. caus. mai. 4. 6. [b] L. 27. §. 1. L. 50. D. de minor. 4. 4. L. 19. D. de novat. 46. 2. — L. 7. §. 5. L. 33. D. de minor. [c] L. 27. §. 1.. 3. L. 40. 48. D. l. c. L 23. §. 2 L. 28. §. 6. D. ex quib. caus. mai. 4. 6. [d] L. 7. §. 5. L. 24. §. 4. L. 40. §. 1. L. 47. §. 1. L. 50. D. de minor. 4. 4. L. 28. §. 6. L. 29. D. ex quib. caus. mai. 4. 6. L. un. Cod. de reputationibus, quae fiunt in iudicio in integrum restitutionis. 2. 48. cf. L. 13. § 28. D. de act. emti. 19. 1. [e] L. 41, D. de minor. 4. 4. [f] L. 7. §. 9. D. l. c. [g] L. un. Cod. si in communi eademque causa in integrum restitutio postuletur. 2. 26. L. 2. Cod. si unus ex plur. app. 7. 68. cf. L. 10. pr. quemadm. serv. am. 8. 6. — L. 7. §. 1. in f. D de except. 44. 1. L. 13. pr. D. de minor. 4. 4. L. 1. 2. Cod. de fideiussoribus minorum 2. 24.

[a] L. 9. §. 2. 5. D. de minor. 4. 4. cf. L. 1. Cod. si adv. del. 2. 35. [b] L. 2. Cod. qui et adv. quos. 2. 42. cf. L. 3. §. 6. D. de minor. 4. 4. L. 2. Cod. si adv. rem iud. 2. 27. L. 8. §. 1. Cod. de bon. quae lib. 6. 61. Nov. 155. cap. (unglossirt.) [c] L. 3. Cod. si adv. fisc. 2. 37. L. 5. Cod. de fide hastae 10. 3.

4) gegen die dreißig- und mehrjährige Verjährung[d]; 5) gegen die Schließung einer Ehe; 6) wenn der Nachtheil, wegen dessen Restitution begehrt wird, unverhältnißmäßig geringer ist, als derjenige, welcher durch die Restitution für Andere entstehen würde[e].

Anm. [1] Vgl. noch oben §. 119. not. g. l. §. 122. not. f. und überhaupt Vang. §. 177.

[2] Puchta §. 107. Sav. §. 321., insbesondere über die wichtige Ausnahme unter Nr. 4., gegen Vang. a. a. O. und Burchardi S. 135...138., Sav. Bd. III. S. 421...423.

[d] L. 3. Cod. de praescript. 30. ann. 7. 39. cf. L. 5. Cod. in quib. caus. i. i. r. nec. non est. 2. 41. [e] L. 4. D. de i. i. r. 4. 1. L. 24. §. 2. D. de minor. 4. 4.

Zweites Buch.

Von den Rechten an Sachen.

Erstes Capitel.

Von den Sachenrechten im Allgemeinen.

§. 126.

I. Wesen und Arten der Sachenrechte.

Die eine Hauptclasse der Vermögensrechte unterscheidet sich wesentlich dadurch von andern Rechten, daß jene zum Gegenstande unmittelbar eine Sache haben (§. 48), welche kraft derselben der Willensherrschaft einer Person unterworfen ist. Diese Rechte heißen daher Sachenrechte, auch dingliche Rechte (§. 22). Sie bestehen ihrem Wesen nach, eben weil sie unmittelbar eine Sache zum Gegenstande haben, unabhängig von besondrer Verpflichtung einer bestimmten andern Person, und können daher durch dingliche Klage geltend gemacht werden (§. 97). Jene rechtliche Willensherrschaft aber kann sich auf die Sache im Ganzen erstrecken, ohne Beschränkung auf bestimmte Richtungen der Beherrschung. Ein solches Recht an einer Sache ist das Eigenthum, dominium rei, dominium im vorzüglichen Sinn, an sich der Begriff aller Befugnisse, welche einer Person in Ansehung einer Sache rechtlich zustehen können. Aber dieses umfassende Recht kann Beschränkungen erleiden durch Rechte andrer Personen, welchen dieselbe Sache nach bestimmten Beziehungen unterworfen ist. So ergeben sich Rechte an einer fremden Sache, iura in re aliena [1]. Diese haben eben so unmittelbar die Sache zum Gegenstande, wie das Eigenthum, das sie nicht ausschließen, sondern nur, so lange sie bestehen und so

weit sie sich erstrecken, einschränken; sie setzen aber zu ihrer Entstehung fremdes Eigenthum an der Sache voraus; der Eigenthümer selbst kann sie als besondere Rechte nicht haben, weil ihm die ihren Inhalt ausmachenden Befugnisse ohnehin als im Eigenthum enthaltene zustehen. Die umfassendsten, daher dem Eigenthum am nächsten stehenden Rechte dieser Art sind Emphyteusis und Superficies, praktisch wichtiger die ihrem Inhalt nach sehr manchfaltigen Servituten oder Dienstbarkeiten, persönliche, wie das Recht der Nutznießung oder des Ususfructus, und mit einem Grundstück verbundene, Grunddienstbarkeiten oder iura praediorum. Alle diese betreffen die Benutzung der Sache, wenigstens in so fern, daß sie dem Eigenthümer rücksichtlich der Benutzung der Sache eine Beschränkung zu Gunsten des Berechtigten auflegen, wenn auch nicht alle dem letzten eine positive Benutzung der Sache gewähren. Man kann sie in so fern dingliche Nutzungsrechte nennen. Es gibt aber noch ein Recht an fremder Sache, welches nicht die Benutzung derselben betrifft, sondern dem Berechtigten die Verfügung über das Eigenthumsrecht selbst gewährt, um durch dessen Werth sich Befriedigung für eine Forderung zu verschaffen, das Pfandrecht. Dieses ist indessen nur ein accessorisches Recht einer Forderung, von dieser Seite nahe verwandt der Bürgschaft (§. 93); es ist daher systematisch angemessener, dasselbe mit der Lehre von den Obligationen in Verbindung zu bringen, um so mehr, als auch Forderungen selbst Gegenstand der Verpfändung geworden sind und daher das Pfandrecht jedenfalls nicht in jeder Gestaltung als ein Recht an einer (körperlichen) Sache sich darstellt[2].

Anm. [1] Ein moderner Ausdruck: Die Römer bedienen sich in Beziehung auf diese Rechte, im Gegensatz des Eigenthums, schlechthin des Ausdrucks: ius in re habere, und das nicht als einer regelmäßigen technischen Bezeichnung. L. 30. D. de noxal. act. 9. 4. L. 19. pr. D. de damno infecto. 39. 2. „Sive domini sint sive aliquod in ea re ius habeant, qualis est creditor et fructuarius et superficiarius.“ Vgl. L. 71. §. 5. D. de legat. I. Böcking Inst. II. §. 133. Diese Bezeichnung erklärt sich daraus, daß die Römer, das Eigenthum mit seinem Gegenstande identificirend, unter res das Eigenthum an der Sache selbst verstanden, daher auch wohl die dasselbe beschränkenden Rechte im Gegensatz gegen jenes schlechtweg iura nannten (§. 48. Brinz I. §. 49.); obwohl sich auch „ius dominii“ findet, L. 59. pr. D. ad Sc. Trebell. 36. 1. L. 63. §. 4. D. de acquir. dom. 41. 1. L. 4. Cod. de relig. 3. 44., und „ius proprietatis,“ L. 5. Cod. de distr. pign. 8. 28. — Wie aber die Worte dominium, dominus (sc. rei oder corporis, corporalium rerum),

auf das vollkommene rechtliche Haben einer Sache deuten, L. 4. pr. D. comm. div. 10. 3., so wird auch wohl das Haben eines andern Rechts, als einer unkörperlichen Sache, gleicherweise bezeichnet, z. B. dominium ususfructus in L. 3. D. si ususfr. pet. 7. 6., hereditatis dominus in L. 48. pr. D. de hered. inst. 28. 5., so wie dominium und dominus proprietatis in L. 17. D. quib. mod. ususfr. am. 7. 4. u. a. Vgl. §. 22. Anm. 5. § 48. Anm. 1. Arndts in Linde's Ztschr. n. F. III. S. 256. fg. — Zur Litteratur dieser Lehre: K. Sell, römische Lehre v. d. dinglichen Rechten, 1. Thl. Bonn 1852., und darüber Dernburg's strenge Kritik in d. Heidlb. krit. Ztschr. 1. S. 138. fg.

2 Ueber den Gegensatz der „dinglichen Nutzungsrechte" und des Pfandrechts vgl. Blume's Grundriß des Pandektenrechts, erste Auflage, S. XIX. Was die Stellung der Lehre vom Pfandrecht betrifft, so wird sie in den neueren Systemen fast allgemein in der Lehre von den Sachenrechten abgehandelt, auch von solchen, die selbst das Pfandrecht an einer Sache nicht als ein ius in re ansehen. Sint. §. 37. 67. Der Verfasser dieses Lehrbuchs ist schon lange davon abgewichen, auch in seinem Grundriß zu Pandektenvorlesungen, München 1840, und hat dies zu rechtfertigen versucht in den krit. Jahrb. VII. S. 300. fg., nicht blos als „eine Utilitätsmaßregel" (Sint. a. a. O.), sondern durch den inneren Zusammenhang der Rechtsinstitute (§. 22. a. E.), den ein „verjährter Besitzstand" nicht auflösen kann. Uebrigens führt Sint. S. 603. auch einen Grundriß, angeblich von Rudorff, Berlin 1830., an, welcher das Pfandrecht in's Obligationenrecht gestellt habe, und so hat es zeitweise auch der ältere Hasse angemessen gefunden. Vgl. auch Deurer Grundriß für äußere Gesch. und Inst. d. R. R. §. 180. fg. Dagegen erklärt sich freilich wieder Böcking Inst. II. §. 133. Anm. 6., ungeachtet der weitern Ausdehnung des Pfandrechts (nach Analogie des Quasiususfructus §. 181.), mit einigem Recht, wenn die Verschiedenheit der Rechte, insbesondere die nach deren Gegenstande, vor Allem das System bestimmen müßte (§. 22.), obwohl römische Auffassung und Anordnung eher der unsrigen entspricht. Erheblichere Gründe sprechen dafür, das heutige Hypothekenrecht im System mit der Lehre vom Eigenthum und den dinglichen Nutzungsrechten zu verbinden.

§. 127.

II. Erwerb und Verlust der dinglichen Rechte.

Für den Erwerb des Eigenthums und dinglicher Nutzungsrechte stellte man bis gegen Ende des achtzehnten Jahrhunderts gewöhnlich als allgemeines Erforderniß das Daseyn eines sogenannten titulus und modus acquirendi auf. Diese Theorie, die indessen auf neuere Gesetzgebungen nicht ohne Einfluß geblieben, ist jetzt allgemein als falsch und unhaltbar aufgegeben[1]. Es fehlt überhaupt an Regeln für den Erwerb, die allen Arten der Sachenrechte zugleich gemeinsam und eigenthümlich wären (§. 56). Dagegen gibt es besondere Gründe des Verlustes dieser Rechte, die

aus deren gemeinsamer Natur sich ergeben. Dahin gehört der Untergang der Sache und die Aufhebung ihrer Verkehrsfähigkeit [a] (§. 49), sodann[2] deren Uebergang in die Gewalt des Feindes [b], und rücksichtlich der Rechte an wilden Thieren, deren Rückkehr zu ihrer natürlichen Freiheit [c].

Vermöge besonderer Rechtsvorschrift soll der Erfolg jeder vom Fiscus, desgleichen vom Regenten oder dessen Gemahlin, vorgenommenen Veräußerung gegen alle Rechtsansprüche dritter Personen auf den Gegenstand der Veräußerung vollkommen gesichert, und dafür diesen nur ein in vier Jahren zu verfolgender Entschädigungsanspruch gegen den Veräußernden gewährt seyn [d]. Daraus folgt, daß durch solche Veräußerung einer Sache alle bisher andern Personen an derselben zustehenden dinglichen Rechte aufgehoben werden, welche den Rechtserwerb, der dadurch dem Empfänger gewährt werden sollte, ganz oder zum Theil vereiteln würden[3].

Anm. [1] Vgl. Hugo im civ. Mag. I. 11. „Berichtigung einiger gewöhnlichen Vorstellungsarten in Höpfner's Commentar" S. 226...232. (1790.), und IV. 6. S. 137...183. „Vollständige Darstellung der Lehre vom (iustus) titulus und s. g. modus adquirendi" (1812.). Vgl. Unger II. §. 72. Anm. 25...41.

[2] In Ansehung gewisser Sachen gilt nach R. R. das ius postliminii, d. h. wenn sie aus der feindlichen Gewalt befreit sind, so leben die früheren Rechte daran wieder auf (recipiuntur postliminio); es sind Grundstücke und Sklaven, sodann Schiffe und Pferde oder Maulthiere, die im Kriege gebraucht werden, (not. b.). Ueber die heutige Anwendung dieser Bestimmungen vergl. Puchta §. 143. not. b. Schmid Hdb. I. S. 68...70.

[3] Ueber den Umfang dieser Rechtsvorschrift vgl. Arndts in Linde Ztschr. XIX. S. 3...9., über deren Grund S. 20...22. Die heutige Anwendbarkeit bezweifelt Sint. §. 39. not. 4. (der übrigens, wohl nur aus Versehen, die Entschädigungsklage auf ein Jahr beschränkt); anerkannt ist sie in einem hannövrischen, verworfen in einem holsteinischen oberstrichterlichen Erkenntniß. Seuffert's Arch. V. 109. 110.

§. 128.

III. Dauer der dinglichen Rechte.

Dingliche Rechte, welche einmal einer Person rechtsgültig erworben sind, bestehen an sich, unabhängig von dem Rechtsurheber,

[a] L. 7. §. 5. 6. D. de acquir. dom 41. 1. L. 23. 24. D. quib. mod. ususfr. am. 7. 4. L. 8 pr. D. quib. mod. pign. solv. 20. 6. L. 1. Cod. de iure emphyt. 4. 66. [b] L. 2. 3. 20. §. 1. L. 28. D. de capt. et postlim. 49. 15. L. 10. Cod. eod. 8. 51. [c] §. 12. 15. J. de rer. div. 2. 1. L. 3. §. 2. L. 5. pr. §. 5. D. de acquir. dom. 41. 1. [d] L. 2. 3. Cod. de quadriennii praescr. 7. 37. § ult. J. de usucap. 2 6. cf. L. 5. D. de iure fisci. 49. 14.

von welchem deren Erwerb etwa abgeleitet ist, so lange fort, bis ein deren Verlust bewirkender Umstand eintritt. Es ist aber möglich, daß das Rechtsgeschäft, auf welches der Erwerb sich gründete, der Gefahr der Rescission unterliegt (§. 77), durch welche der Erwerb rückwärts wieder aufgehoben wird. Es kann sonst auch das erworbene Recht an der Sache rücksichtlich seiner Dauer beschränkt seyn, so daß dasselbe kraft dieser ihm anhaftenden Beschränktheit von selbst durch den Eintritt eines bestimmten Umstandes oder mit dem Ablauf einer bestimmten Zeit ein Ende nimmt. Wo nun dieses der Fall ist, theilt sich dieselbe Beschränktheit nach §. 56. auch den kraft jenes Rechts andern Personen (durch translative oder constitutive Uebertragung) eingeräumten Rechten mit, so daß auch diese durch Eintreten jenes Umstandes oder Ablauf jener Zeitfrist erlöschen. So kann es geschehen durch Erfüllung einer Bedingung, sey es, daß jenes Recht dem Uebertragenden unter einer auflösenden Bedingung erworben [a], oder damals schon einem Andern der Erwerb desselben unter einer aufschiebenden Bedingung zugesichert war, deren Erfüllung nun in so fern auf jene Zeit zurückwirkt [b]. Die Aufhebung tritt hier ipso iure ein; das fragliche Recht fällt von selbst demjenigen zu, dessen Erwerb oder Rückerwerb von der erfüllten Bedingung abhängig war; frei von den beschränkenden Rechten, welche inzwischen Andern darauf eingeräumt sind [c]. So kann es auch in Folge einer bloßen Zeitbestimmung geschehen, sey es, daß das Recht des Rechtsurhebers kraft eines seinen Willen bindenden Rechtsgrundes mit Ablauf einer bestimmten Zeit von selbst auf einen Andern überzugehen bestimmt [d] oder demselben nur bis zum Eintritt eines bestimmten Zeitpunktes verliehen ist [e]. Ein anderer Fall ist es, wenn nur eine Forderung auf Rückübertragung eines dinglichen Rechts begründet ist, welche auf die kraft desselben inzwischen dritten Personen eingeräumten

[a] L. 4. §. 3. D. de in diem add. 18. 2. L. 3. D. quib. mod. pign. solv. 20. 6. cf. L. 9. D. de aqua pluv. 39. 3. [b] L. 105. D. de cond. et dem. 35. 1. L. 11. §. 1. D. quemadm. serv. am. 8. 6. L. 16. D. quib. mod. ususfr. am. 7. 4. cf. L. 3. §. 3. Cod. comm. de legat. 6. 43. — L. 9. pr. § 1. D. de iure dot. 23. 3. [c] L. 69. §. 1. L. 81. pr. 82. pr. D. de legat. I. — L. 41 pr. D. de rei vind. 6. 1. L. 13. pr. §. 1. D. de pign. act. 13. 7. (§. 71. Anm 4.) [d] L. 9. §. 2. D. usufr. quemadm. cav. 7. 9. L. 71. §. 5. D. de cond. 35. 1. cf. L. 3. § 2. Cod. comm. de legat. 6. 43. [e] L. 1. §. 3. L. 15. D. quib. mod. usufr. am. 7. 4. L. 5. Cod. de usufr. 3. 33. cf. L. 8. pr. D. quib. mod. pign. solv. 20. 6. L. 31. D. de pign. 20. 1. L. 26. Cod. de legat. 6. 37. L. 4. Cod. de servit. 8. 1.

Rechte nicht zurückwirken kann [f]. Auch ist es möglich, daß zwar das einer Person erworbene Recht beim Eintritt eines gewissen Umstandes von selbst (ipso iure) an einen Andern übergehen oder zurückkehren soll, ohne daß doch die von jener inzwischen einem Dritten eingeräumten Rechte an der Sache davon betroffen werden [g]. Uebrigens besteht das dingliche Recht, dessen Erlöschung aus irgend einem Grunde zu erwarten seyn mag, inzwischen, bis zum Eintritt des die Aufhebung bewirkenden Umstandes, in voller Wirksamkeit [h], und verschieden davon ist der Fall, wenn es zur Zeit noch objektiv unentschieden ist, ob jetzt schon Jemand und wer von mehreren das Recht habe, und erst durch einen spätern Umstand entschieden wird, daß das Recht des einen rückwärts als schon in jener Zeit bestehend, das des andern als nicht bestehend anzusehen sey. [i]

Anm. Man pflegt die bei dinglichen Rechten vorkommende Beschränkung, wornach sie in gewissen Fällen aufhören, beziehungsweise an einen andern zurückgelangen sollen, als eine Eigenschaft der dinglichen Rechte aufzufassen, und als Revocabilität derselben zu bezeichnen; man unterscheidet dabei eine sog. revocatio ex nunc und ex tunc, je nachdem die revocatio nur von jetzt an wirke, oder in die Vergangenheit zurückwirkend die inzwischen andern Personen eingeräumten Rechte zugleich aufhebe, und bezieht auf den letzten Fall die Regel: Resoluto iure concedentis resolvitur ius concessum, oder Resoluto iure dantis resolvitur ius accipientis: wobei jedoch mancherlei abweichende Ansichten sich geltend machen. Vgl. Sintenis, von der sogenannten Revocabilität der Sachenrechte, in Linde's Ztschr. XX. 2. Civilrt. §. 39. Puchta §. 142. Böcking Inst. §. 156. Jene Bezeichnung ist aber für manche hier in Betracht kommende Fälle nicht passend. Das Entscheidende ist, ob eine Beschränktheit der Dauer in einer oder andern Art dem dinglichen Rechte selbst inhärire. Dann ergibt sich das Weitere als Consequenz aus der Regel des §. 56. „Nemo plus iuris etc." Vgl. Fitting über den Begriff der Rückziehung S. 66. fg. 102. fg. Was der Verf. hier als objektive rechtliche Eigenschaft der Sache bezeichnet, ist in der That, wie er selbst auch S. 79. Anm. 116. sich ausdrückt, nichts andres als „eine innere Schranke," welche das Eigenthum an der Sache in sich trägt.

§. 129.

IV. Ausübung der Sachenrechte. Besitz.

Eigenthum und dingliche Nutzungsrechte gestatten ihrer Natur nach eine fortgesetzte Ausübung (§. 92). Das Eigenthum ist das

f §. 71. Anm. 4. L. 21. § 1. L. 43. §. 8. D. de aed. ed. 21. 1. g L. 30. Cod. de iure dot. 5. 12. h L. 66. D. de rei vind. 6. 1. L. 12. §. 2. D. fam. erc. 10. 2. L. 4. §. 3. 4. D. de in diem add. 18. 2. L. 205. D de R. J. i L. 44. pr. §. 1. L. 86. §. 2. D. de legat. I. L. 15. D. de reb. dub. 34. 5. L. 70. §. 1. D. de usufr. 7. 1. cf. L. 25. §. 1. eod. L. 43. §. 2. D. de acquir. dom. 41. 1.

Recht vollkommener Herrschaft über die Sache, die sich thatsächlich in beliebigen Verfügungen über dieselbe, mit Ausschließung Andrer, äußern kann. Die dinglichen Nutzungsrechte geben ebenfalls, nur in bestimmter Richtung und Beschränkung, eine Herrschaft über die Sache, die sich in wiederholter Ausübung gewisser Befugnisse oder Behauptung eines gewissen Zustandes in Ansehung der Sache thatsächlich geltend macht. Dem Rechte an der Sache entspricht also ein gewisses thatsächliches Verhältniß, worin sich die rechtliche Willensherrschaft in Ansehung der Sache fortwährend an den Tag legt. Dieses kann jedoch auch als bloße Thatsache stattfinden, unabhängig von dem wirklichen oder anerkannten Daseyn des entsprechenden Rechts. Der rechtlichen Ordnung gemäß soll aber die thatsächlich geübte Willensherrschaft schon als solche geachtet werden, so lange nicht im Wege Rechtens ein entgegenstehendes Recht dagegen geltend gemacht ist; es ist derselben schon an sich ohne Rücksicht auf das Recht, welches sie begründen könnte, ein gewisser Rechtsschutz verliehen. So ergibt sich, als ein Verhältniß von eigener juristischer Bedeutung, der Besitz einer Sache oder eines Rechts an der Sache. Jene thatsächliche Ausübung des Eigenthums stellt sich, da dieses die Sache in ihrer Totalität ergreift, als Besitz der Sache selbst dar, und davon hat die ganze Theorie des Besitzes ihren Ausgang genommen; bei den übrigen Rechten an einer Sache aber kann man eben nur das Recht, nach seinem Inhalt im Allgemeinen aufgefaßt, als den Gegenstand des Besitzes bezeichnen. Daher unterscheiden wir Besitz der Sachen, welcher dem Eigenthum correspondirt (Eigenthumsbesitz, §. 135. fgg.), und Besitz der dinglichen Nutzungsrechte, welcher als Analogon des Besitzes von Sachen gewöhnlich Quasibesitz genannt wird (§. 192.).

Anm. [1] Eine eben so einflußreiche als verdienstvolle Bearbeitung der wichtigen Lehre vom Besitze enthält: Savigny, das Recht des Besitzes. Gießen 1803. (vgl. die Rec. von Thibaut in der Allg. Litt. Ztg. v. 1804. Nr. 41...43.). Sechste Auflage. Gießen 1837. Vollständige Litteraturangaben daselbst S. XV...LXXII. Dazu vgl. noch Puchta im Rtslex. II. S. 41...73. (kl. civ. Schriften Nr. 26.) und jetzt insbesondere C. G. Bruns, das Recht des Besitzes im Mittelalter und in der Gegenwart, Tübingen 1848.; sodann Molitor, la possession, la revendication, la publicienne et les servitudes en droit romain, avec les rapports entre la legislation romaine et le droit français. Gand 1851.

[2] Der Begriff des Besitzes als eines rechtlich geschützten Verhältnisses thatsächlicher Rechtsausübung ist auch bei andern Rechten anwendbar, welchen eine dauernde oder sich wiederholende Ausübung entspricht. Bruns S. 477...486. Er ist auch wirklich im neuern Recht noch auf andere Rechte ausgedehnt worden, obwohl streitig, in welchem Umfange? Arndts in Linde's Ztschr. n. F. III. S. 368...374. Aber im R. R. kommt er nur in Anwendung auf Sachen (Eigenthum) und dingliche Nutzungsrechte vor, worauf ihn auch die Gesetzgebung der neuesten Zeit wieder zu beschränken versucht. Arndts in d. krit. Jahrb XI. S. 804. fg. und in der krit. Ueberschau I. S. 146. 353. fg. Daher findet die Lehre vom Besitze in der Lehre vom Eigenthum, beziehungsweise von den dinglichen Nutzungsrechten, ihre geeignete Stelle. Arndts a. a. O. Bruns S. 486. Wenn auch der Grund des Besitzschutzes in der Achtung des in thatsächlicher Unterwerfung eines Gegenstandes sich äußernden Willens der Person, der nur dem Rechte, nicht der bloßen Willkür Andrer zu weichen braucht, zu finden ist, so genügt dies doch nicht, um das Recht des Besitzes mit Puchta §. 122. als ein Recht an der eigenen Person hinzustellen (G. Hasse im Rh. Mus. VI. S. 184. fg. Rudorff in der Ztschr. für gesch. Rtsw. VII. S. 101. fg.), noch auch wird dadurch in der systematischen Darstellung die Losreißung des Besitzes von den Rechtsverhältnissen, denen er als Factum der Rechtsausübung gegenübersteht, gerechtfertigt. Vgl. übrigens über die verschiedenen Ansichten in dieser Beziehung Savigny a. a. O. §. 6. Mühlenbruch §. 229. Böcking Inst. I. §. 123.

Zweites Capitel.

Vom Eigenthum [1].

I. Wesen und Inhalt des Eigenthums.

§. 130.

A. Nähere Bestimmung des Begriffs.

Das Eigenthum ist seinem Grundbegriffe nach das einem Subjecte zustehende Recht vollkommener Herrschaft über eine körperliche Sache, vermöge dessen man sagen kann, daß die Sache im Ganzen dieser Person gehöre (§. 48.), ihrem Willen schlechthin und total unterworfen sey, welches daher auch gegen jeden, der ihr die Ausübung dieser Herrschaft entzieht, durch eine dingliche Klage (rei vindicatio) geltend gemacht werden kann. In dem Inhalt des Eigenthums kann man eine positive und eine negative Seite unterscheiden; jene, indem der Eigenthümer berechtigt ist, selbst in jeder

beliebigen Weise, auch durch Zerstörung, über die Sache zu verfügen; diese, indem er eben so berechtigt ist, jeden Andern von der Einwirkung auf die Sache auszuschließen. Bei dem Eigenthum an Grund und Boden erstreckt sich dieses aber auch auf das, was sich unter der Oberfläche befindet, wie auf den Raum über dem Grundstück, soweit der Natur der Sache nach in beiden Richtungen die ausschließliche Herrschaft eines Einzelnen sich geltend machen kann[2]. Uebrigens ist es unnöthig, die Befugnisse des Eigenthümers näher zu bestimmen; auch die früher gewöhnliche Unterscheidung von sog. Proprietäts- und Nutzungsrechten ist eben so unfruchtbar als unsicher. Indessen schließt es den Begriff des Eigenthums nicht aus, wenn, entweder durch besonders begründete Rechte Andrer oder auch durch allgemeine Rechtsvorschrift, einzelne in der sonst unbegränzten Herrschaft enthaltene Befugnisse dem Eigenthümer entzogen sind, so wenig wie der Begriff der persönlichen Freiheit dadurch aufgehoben wird, daß man die den Rechten anderer Personen entsprechenden Pflichten erfüllen und sich den allgemeinen Rechtsvorschriften unterordnen muß[3]. So wie aber und soweit solche das Eigenthum beschränkende Rechte Anderer wieder aufhören, tritt das Eigenthum von selbst wieder in seiner Unbegränzheit und Ausschließlichkeit hervor[4].

Anm. [1] Eine neue ausführliche Bearbeitung der Lehre vom Eigenthum ist begonnen von Pagenstecher: die römische Lehre vom Eigenthum in ihrer modernen Anwendbarkeit. 1. Abthl. Heidelberg 1857. 2. Abthl. 1858.

[2] Vgl. a) L. 1. pr. D. de s. p. u. 8. 2. „coelum, quod supra id solum intercedit, liberum esse debet." L. 9. eod. L. 8. §. 5. L. 14. §. 1. D. si serv. vind. 8. 5. L. 26. D. de damno inf. 39. 2. L. 1. §. 11. 21. D. de aqua et aquae pluv. 39. 3. L. 21. §. 2. D. quod vi. 43. 24. In opere novo tam soli quam coeli mensura facienda est. L. 22. §. 4. eod. b) L. 13. §. 1. comm. praed. 8. 4. L. 7. §. 13. 14. L. 8. pr. D. sol. matr. 24. 3. L. 26. cit. L. 1. §. 12. D. de aquae pluv. 39. 3. Also richtig verstanden kein „Mährchen von der Luftsäule" (Gesterding, Ausbeute von Nachforschungen, III. S. 447. fg.).

[3] Auf das Eigenthum findet analog dasselbe Anwendung, was L. 4. pr. D. de statu hom. 1. 5. in der Definition der Freiheit andeutet: Libertas est naturalis facultas eius, quod cuique facere libet, nisi si quid (vi aut) iure prohibetur. So erkennt auch Hadrian in einem bekannten Rescript an: dominorum potestatem in servos suos illibatam esse, indem er doch zugleich gegen unsittlichen Mißbrauch dieser Gewalt den Sklaven obrigkeitlichen Schutz verheißt, wie heutige Gesetze die Thierquälerei verbieten und mit Strafe bedrohen. §. 2 I. de his qui sui v. al. iur. 1. 8. Uebrigens sind der Versuche, den

Begriff des Eigenthums zu bestimmen, gar manchfaltige und vergebliche gemacht worden, und sind manche nahe daran, die Möglichkeit einer richtigen Begriffsbestimmung völlig aufzugeben. Vgl. Böcking Inst. II. §. 134. Pagenstecher a. a. O. S. 3. fg. Brinz I. §. 51. 52. Girtanner in den Jahrb. f. Dogm. III. 2. 3.

[4] §. 4. J. de usufr. 2. 4. Quum autem finitus fuerit ususfructus, revertitur scilicet ad proprietatem, et ex eo tempore nudae proprietatis dominus incipit plenam in re habere potestatem. L. 3. §. 1. 2. D. de usufr. accresc. 7. 2. „usum fructum ad proprietatem redire." L. 3. Cod. de usufr. 3. 33. „ad p. regredi." Pauli sentt. III. 6. §. 28. Ususfructus amissus ad proprietatem recurrit." L. 9. §. 2. D. de aqua et aquae pluv. 39. 3. Non autem solius eius, ad quem ius aquae pertinebit, voluntas exigitur in aquae cessione, sed etiam domini locorum, etsi dominus uti ea aqua non possit, quia recidere ius solidum ad eum potest. Daher spricht man von einem „ius recadentiae," „Heimfallsrecht," Böcking Inst. §. 134. Anm. 27., und von „Elasticität des Eigenthums," Pagenstecher a. a. O. S. 7.

B. Beschränkungen des Eigenthums.

§. 131.

1) Rücksichtlich der Verfügung über die Sache.

Eine Beschränkung des Eigenthums kann entweder die positive oder die negative Seite des Eigenthums betreffen, indem der Eigenthümer entweder eine Verfügung über die Sache, die ihm kraft des unbeschränkten Rechts zustände, sich versagen oder von Seiten Andrer etwas dulden muß, was er sonst verwehren könnte. Sie kann entweder durch ein besonders erworbenes Recht einer andern Person begründet seyn (§. 126), oder auf einer Rechtsvorschrift beruhen, welche den Umfang der Eigenthumsbefugnisse im Allgemeinen beschränkt. Beschränkungen der letzten Art sind aus rechtspolitischen Gründen, namentlich in Beziehung auf das Grundeigenthum, und zwar vorzüglich im Interesse nachbarlicher Grundbesitzer, manche eingeführt. Man pflegt diese als gesetzliche Dienstbarkeiten (Legalservituten) zu bezeichnen und den Inbegriff der betreffenden Rechtsvorschriften das „Nachbarrecht" zu nennen.

Anm. Gesetzliche Beschränkungen des Eigenthums sind folgende: Der Grundeigenthümer muß 1) das Ueberhängen von Baumzweigen, 15 Fuß hoch vom Boden, dulden, jedoch nicht auf ein Gebäude, Dig. de arboribus caedendis. 43. 27.; cf. L. 1. Cod. de interd. 8. 1.; 2) dem Nachbar gestatten, je den dritten Tag übergefallene Früchte abzuholen, Dig. de glande legenda. 43. 27.; 3) von dem Nachbargrundstücke aus den nicht ungewöhnlich beschwerlichen Rauch u. dgl., L. 8. §. 5...7. D. si serv. vind. 8. 5., und 4) die

Ausweichung der Wand des Nachbarn unter einem halben Fuß dulden, L. 17. pr. D. l. c.; auch 5) nöthigenfalls, gegen billige Entschädigung, einen Weg über sein Grundstück einräumen (Nothweg), arg. l. 14. §. 1. D. quemadm. serv. am. 8. 6. L. 12. pr. D. de religiosis. 11. 7., so wie zu öffentlichem Wege den erforderlichen Platz hergeben, L. 14. §. 1. cit.; ferner 6) Nachgrabungen nach erst zu entdeckenden Metallen oder Steinen u. dgl., ohne Beschädigung der Oberfläche, gegen Abgabe von $1/_{10}$ des Gewinns, gestatten. L. 3. 6. Cod. de metallariis. 11. 6. cf. L. 13. §. 1. D. comm. praed. 8. 4. Sodann darf er nicht 7) dem zur Reinigung des Getreides bestimmten Platze des Nachbarn die Zugluft verbauen, L. 14. §. 1. Cod. de servit. 3. 34., noch auch 8) den natürlichen Ablauf des Regenwassers zum Schaden des benachbarten Grundstücks ändern oder hemmen, Dig. de aqua et aquae pluviae arcendae (actione). 39. 3., und kann endlich 9) angehalten werden, dem Nachbarn Gefahr drohende Gebäude oder dgl. im erforderlichen Stande zu erhalten oder andere gefährliche Anlagen zu beseitigen. Dig. de damno infecto. 39. 2. cf. L. 17. §. 2. D. si serv. vind. 8. 5. Außerdem kann der Eigenthümer der in Gebäude oder Weinberge verwendeten Materialien nicht deren Trennung verlangen, wofür ihm aber ein Anspruch auf Ersatz des doppelten Werthes gegeben ist. Dig. de tigno iuncto. 47. 3. Ueber diese und andere antiquirte Beschränkungen des Eigenthums vgl. Dirksen in der Ztschr. für gesch. Rtsw. II. 16. Puchta Curs. der Inst. II. §. 231. Vang. §. 297. 298. Böcking Pand. II. §. 5. Inst. II. §. 140. Pagenstecher a. a. O. S. 103. fg. Particularrechtlich gibt es darüber noch manche andere und abweichende Bestimmungen.

§. 132.

2) Rücksichtlich der Verfügung über das Recht[1].

Der Eigenthümer ist der Regel nach auch befugt, sowohl das Eigenthum im Ganzen einem Andern zu übertragen, als auch einzelne Bestandtheile desselben, die alsdann den Inhalt eines das Eigenthum beschränkenden dinglichen Rechts bilden, Andern einzuräumen. In dieser Beziehung kann aber derselbe durch Veräußerungsverbote beschränkt seyn[a], entweder gesetzliche, oder richterliche, oder auf einer Privatdisposition (Vertrag oder letztwilliger Verfügung) beruhende[b]. Die Veräußerung gegen ein gesetzliches[c] oder rechtsgültiges richterliches Verbot[d] ist nichtig[2], hindert also den Uebergang des Eigenthums[e], so daß die Sache gegen jeden Besitzer, auch von dem Veräußernden selbst, welchem jedoch nach

[a] Inst. quibus alienare licet vel non. 2. 8. Cod. de rebus alienis non alienandis et de prohibita rerum alienatione vel hypotheca. 4. 51. cf. L. 28. D. de V. S. [b] L. 7. Cod. l. c. cf. L. 4. Cod. de ligit. 8. 37. (§. 113. Anm. 4. h.) Dig. de fundo dotali. 23. 5. de rebus eorum. 27. 9. [c] L. 5. D. l. c. L. 16. D. de fundo dotali. [d] arg. L. 12. D. de usurp. et usucap. 41. 3. L. 7. §. 5. D. pro emt. 41. 4. cf. L. 8. D. de pollicitat. 50. 12. [e] L. 3. 11. 15. Cod. de praediis. 5. 71.

Umständen doli exceptio entgegensteht [f], vindicirt werden kann. Ein letztwilliges Veräußerungsverbot hat diese Wirkung nicht [g]; jedoch, sofern mit demselben ein Vermächtniß zu Gunsten eines Dritten, welchem durch dieses unmittelbar vom Erblasser ein dingliches Recht gewährt wird, in Verbindung steht, kann die Veräußerung den Erwerb dieses Rechts nicht beeinträchtigen [4]. Auch die einem vertragsmäßigen Veräußerungsverbot widerstreitende Veräußerung ist niemals [5] nichtig [h], obwohl sie kraft einer mit jenem verbundenen auflösenden Bedingung (§. 128.) vereitelt werden kann [6], sie begründet sonst nur eine persönliche Klage gegen den Veräußerer, sey es auf Rückgabe [i], oder auf das Interesse [k], oder auf Zahlung einer verabredeten Strafe [l]. Uebrigens trifft auch das gesetzliche Verbot nicht die Veräußerung, welche, unabhängig von der Willkür des Eigenthümers oder seines Stellvertreters, kraft selbstständigen Rechts eines Dritten herbeigeführt wird [m].

Anm. 1 Vgl. Vang. §. 299. Lauk in Linde's Ztschr. V. 1. Schmid, Hdb. §. 4. Bachofen, auserwählte Lehren, Nr. II...IV. Böcking Inst. II. §. 158. Pagenstecher a. a. O. S. 58. fg.

2 Manche wollen richterliche Veräußerungsverbote nicht als eine eigene Art derselben anerkennen. Lauk a. a. O. S. 3. Böcking §. 158. Anm. 5. Brinz I. S. 190. Dagegen Pagenstecher S. 68. Ein gesetzwidriges richterliches Veräußerungsverbot freilich, weil selbst nichtig, kann auch nicht Nichtigkeit der Veräußerung bewirken; gesetzwidrig aber wäre auch dasjenige, welches der Richter auf Begehren einer Partei erläßt, die blos einen persönlichen Anspruch für den Fall geschehener Veräußerung, oder nicht einmal diesen, erheben könnte (not. h...l.).

3 Darüber insbesondere vgl., gegen Lauk S. 9., Brandis in Linde's Ztschr. VII. S. 180. fg. Vang. §. 299. unter 1. 2.

4 Vgl. E. A. Seuffert, das gesetzliche Veräußerungsverbot bei Vermächtnissen. München 1854. mit Fitting, Begriff der Rückziehung S. 33. 106. fg. und oben §. 128.

5 Eine Ausnahme von der regelmäßigen Wirkung eines vertragsmäßigen Veräußerungsverbotes hat man zu finden geglaubt in L. 7. §. 2. D. de distr. pign. 20. 5. Die Stelle lautet nach der gewöhnlichen Lesart: „Quaeritur, si pactum sit a creditore, ne liceat debitori hypothecam vendere vel pignus, quid iuris sit? et an pactio nulla sit talis, quasi contra ius sit posita, ideoque veniri possit? Et certum est, nullam esse venditionem, ut

f L. 10. 13. D. l. c. 27. 9. L. 10. 14. 16. Cod. l. c. 5. 71. L. 17. D. de evict. 21. 2. g L. 114. §. 14. D. de legat. I. L. 1. 3. §. 3. Cod comm. de legat. 6. 43. h L. 61. D. de pactis. 2. 14. i L. 3. Cod. de cond. ob causam dat. 4. 6. k L. 75. D. de contrah. emt. 18. 1. L. 21. §. 5. D. de act. emti. 19. 1. L. ult. Cod. de pact. int. emt. 4. 54. L. 135. §. 3. D. de V. O. 45. 1. l L. 11. D. de relig. 11. 7. m L. 1. pr. D. de fundo dot. 23. 5. L. 3. §. 1. L. 7. §. 1. D. de reb. eor. 27. 9. L. 13. D. fam. erc. 10. 2.

pactioni stetur:“ womit auch übereinstimmt in den Basil. L. 7. §. 2. XXV. 7. *Καλῶς ὁ δανειστὴς συμφωνεῖ, μὴ ἐξεῖναι τῷ χρεωστῇ πωλεῖν τὸ ἐνέχυρον.* (Heimb. III. p. 85.). Nach Accursius lautete eine andere handschriftliche Lesart: *nullam esse pactionem* oder *conventionem*, *ut venditioni stetur*. Im Vordersatze aber hat schon Janus a Costa ad §. 1. J. l. c. emendirt: *si pactum sit a debitore, ne liceat creditori h. v.*, und diese Lesart wird als die allein haltbare vertheidigt von Puchta in der Ztschr. für gesch. Rtsw. XII. 6. (kl. Schr. Nr. 38.) Inst. II. S. 648. not. 1. „Die Stelle wäre das Gedankenloseste, was je ein römischer Jurist geschrieben, wenn sie in dieser Gestalt (nach der florentinischen Lesart nämlich) aus Marcians Feder geflossen wäre.“ Dagegen vgl. wieder Sint. §. 38. not. 16. übereinstimmend mit Vang. §. 299. S. 632. u. a., gegen diese aber Schmid S. 41. not. 22. und vorzüglich Böcking §. 158. Anm. 43. Pagenstecher S. 62. aber glaubt jetzt durch eine Auslegung zu helfen, welche allerdings nicht der Rechtsconsequenz, auch nicht absolut dem handschriftlichen (florentinischen) Text widerstrebt, aber doch nicht so nahe zu liegen als neu zu seyn scheint, indem er den Vertrag mit dem Schuldner so deutet, „daß es diesem nicht freistehen solle, Distraktion eines Pfandes — durch einen Dritten, Schuldner jenes Schuldners, dem Letztern bestellt — vorzunehmen,“ also eine Afterverpfändung „in eigenthümlichen Ausdrücken“ darin findet.

[6] Bestritten wird dies von Böcking a. a. O. S. 195. §. *κ.*, wie mir scheint, aus ungenügenden Gründen.

§. 133.

C. Miteigenthum.

Das Eigenthum kann seinem Begriff nach (§. 130) nicht gleichzeitig Mehreren an derselben Sache ungetheilt zustehen; duorum in solidum dominium esse non potest [a]. Dadurch ist nicht ausgeschlossen, daß eine Sache gleichzeitig nach intellectuellen Theilen im Eigenthum mehrerer Personen sich befinde, res plurium communis pro partibus indivisis sey [b]. Dies ist gemeinschaftliches Eigenthum oder Miteigenthum (condominium), zu unterscheiden von dem Eigenthum verschiedener Personen an körperlich bestimmten oder reellen Theilen (partes pro diviso) einer Sache [c], wie von dem Eigenthum einer juristischen Person, die eben nur ein Eigenthümer ist [d]. Ueber die gemeinsame Sache selbst oder irgend einen reellen Theil derselben zu verfügen, steht keinem Miteigenthümer allein und ausschließlich, sondern nur dem

[a] L. 5. §. 15. D. commod. 13. 6. [b] L. 5. D. de stip. serv. 45. 3. (§. 53.)
[c] L. 25. §. 1. D. de V. S. [d] §. 6. J. de rer. div. 2. 1. L. 6. §. 1. D. de div. rer. 1. 8.

vereinten Willen aller Miteigenthümer zu [e], unter denen sich aus diesem Verhältniß gegenseitige obligatorische Rechtsansprüche ergeben können [f]. Doch ist jeder von ihnen befugt, zur Erhaltung der gemeinsamen Sache, nöthigenfalls auch ohne Zustimmung der übrigen, das Erforderliche vorzukehren, und kann von diesen für angemessene Verwendung zu jenem Zweck verhältnißmäßigen Ersatz fordern, dessen Nichtleistung, im Fall nothwendiger Ausbesserung eines gemeinsamen Gebäudes, nach einer Frist von vier Monaten sogar zur Folge haben soll, daß jener auch die Eigenthumsantheile der säumigen Miteigenthümer erwirbt [g]. Dagegen kann jeder Miteigenthümer selbstständig über das Recht seines Theileigenthums verfügen [h], wie der einzige Eigenthümer über das Eigenthum der ganzen Sache (§. 132), jedoch nicht einseitig ein untheilbares dingliches Recht an der Sache einem Dritten einräumen, als welches auch die Antheile der Miteigenthümer betreffen würde [i].

§. 134.

D. Arten des Eigenthums.

Mit Rücksicht auf §. 128. pflegt man widerrufliches und unwiderrufliches Eigenthum (dom. revocabile und irrevocabile), mit Rücksicht auf §§. 126. 131. 132. beschränktes und unbeschränktes (dom. limitatum und illimitatum) zu unterscheiden. Eine im ältern römischen Recht wichtige Unterscheidung zwischen streng römischem (quiritischem) und sog. bonitarischem Eigenthum ist im Justinianischen Recht beseitigt. Eine in der neuern Rechtswissenschaft üblich gewordene Unterscheidung zwischen dominium directum und dominium utile ist wenigstens im römischen Recht nicht begründet.

Anm. Ein sog. dominium utile nahmen die Glossatoren 1) in gewissen Fällen an, in welchen nach Justinianischem Recht volles wahres Eigenthum stattfindet, wenn gleich nach älterm Recht nur eine utilis rei vindicatio gegeben war, 2) in andern Fällen, beim Emphyteuta und Superficiar, wo in der That nur ein ius in re aliena vorliegt. In den Fällen der letzten Art stellten sie dem dominium utile das übrig bleibende Recht des wahren Eigenthümers als

[e] L. 11. D. si serv. vind. 8. 5. L. 8. 27. §. 1. D. de s. p. u. 8. 2. L. 28. D. comm. div. 10. 3. [f] L. 26. D. de s. p. u. 8. 2. Dig. communi dividundo. 10. 3 [g] L. 4. §. 3. D. l. c. L. 52. §. 10. D. pro socio. 17. 2. L. 4. Cod. de aedificiis. 8. 10. [h] Cod. de communium rerum alienatione. 4. 52. L. un. Cod. si communis res pignori data sit. 8. 21. [i] L. 2. D. de servit. 8. 1. cf. 1. L. 1. §. 9. D. ad leg. Falcid 35. 2.

dominium directum gegenüber, welches letzte dann aber zugleich wieder ein dominium utile im ersten Sinn seyn könnte. Dieser Gegensatz wurde dann auch auf verwandte Verhältnisse des neueren Rechts angewendet. Daß nun aber derselbe im römischen Recht keinen Grund hat, ist jetzt allgemein anerkannt, nach Thibaut, Versuche II. 3. Aber auch in Anwendung auf deutschrechtliche Verhältnisse ist das sog. dominium utile (Nutzeigenthum), im Gegensatz von dominium directum (Obereigenthum), ein Begriff von sehr problematischem Inhalt. Vgl. Böcking Inst. II. §. 139. *o...r.* Pagenstecher S. 8. fg. Dasselbe gilt von dem deutschrechtlichen Begriff des Gesammteigenthums, welches eine Art von dominium plurium in solidum (§. 133.) seyn soll. Vgl. Dunker in der Ztschr. für deutsches Recht. II. 2. Arndts in d. krit. Jahrb. XI. S. 813. Schmid Hdb. I. S. 3. 15...17. II. S. 3. 58. 88. 117. Puchta §. 114.

II. Eigenthumsbesitz [a].

§. 135.

A. Begriff und rechtliche Bedeutung des Besitzes.

Besitz einer Sache ist thatsächliche Herrschaft über dieselbe. Es gehört dazu ein äußeres Verhältniß zur Sache, welches die Gewalt über diese bedingt, die Möglichkeit, über dieselbe mit Ausschließung Anderer zu verfügen [b]. Verbindet sich damit der Wille, die Sache im Ganzen gleich wie ein Eigenthümer für sich zu haben und zu beherrschen (sog. animus domini, animus rem sibi habendi), wenn auch ohne die Meinung, Eigenthümer zu seyn [c], so ist Besitz im engern Sinn, Eigenthumsbesitz, vorhanden [1]. Dieser, obwohl an sich immer nur eine Thatsache [d], hat rechtliche Bedeutung, ist juristischer Besitz, weil er durch besondere Klagen (Interdicte) gegen eigenmächtige Störung und Entziehung geschützt ist [e]. So hat der Besitzer als solcher [f] schon ein Recht (ius possessionis), das aus der bloßen Thatsache des Besitzes hervorgeht [g], wenn auch das Recht zum Besitze (ius possidendi) einem Andern zustehen mag. Der Eigenthümer hat das Recht zu besitzen, der Besitzer übt dieses Recht thatsächlich aus. Jenes äußere Verhältniß zur Sache kann aber auch mit beschränkterm Willen verbunden seyn, der neben sich den Eigenthumswillen einer andern Person zuläßt und anerkennt. Dies ist wohl auch Besitz im weitern Sinn,

[a] Dig. de acquirenda vel amittenda possessione. 41. 2. Cod. de acquirenda vel retinenda possessione. 7. 32. [b] L. 1. pr. §. 3. D. h. t. [c] cf. Theophil. ad §. 4. J. 2. 9. §. 2. J. 3. 29. Basil. 50. 2. c. 61. Harmenopul. 2. 1. §. 2. [d] L. 1. §. 4. D. h. t. [e] §. 3...6. J. de interdictis. 4. 15. [f] L. 2. D. uti possid. 43. 17. [g] L. 44. pr. D. h. t.

Detention oder Detentation, Inhaben der Sache; aber ein solcher Inhaber hat nicht jenes Recht des Besitzes, ist also nicht juristischer Besitzer der Sache, er detinirt diese nur im Namen eines Andern, der durch ihn besitzt [h]. Jedoch ist in einigen Fällen einem bloßen Inhaber, der nicht Eigenthumswillen hat, nämlich dem Pfandgläubiger [i], dem Sequester [k], und dem Precaristen [l], anstatt derjenigen, in deren Namen sie besitzen, der Rechtsschutz verliehen, der regelmäßig nur mit dem Eigenthumsbesitz verbunden ist. Darin liegt eine Uebertragung des Besitzrechtes von dem eigentlichen Besitzer auf diese Personen, weshalb dieser Besitz passend abgeleiteter juristischer Besitz genannt wird [2]. Der animus possidendi ist also hier nicht animus domini, sondern nur auf Ausübung dieses übertragenen Besitzrechts gerichteter Wille.

Anm. [1] Der Charakter des zum juristischen Besitz erforderlichen Willens wird in den byzantinischen Rechtsquellen (not. e.) treffend bezeichnet als *ψυχὴ δεσπόζοντος*. Theophilus namentlich (ad §. 2. J. 3. 29.) bezeichnet den Unterschied zwischen Detention und Besitz in folgender Weise: *Διαφορὰ τοῦ κρατεῖν* (d. i. tenere) *καὶ τοῦ νέμεσθαι* (d. i. possidere) *αὕτη· ὅτι κρατεῖν ἐστι φυσικῶς κατέχειν, νέμεσθαι δὲ τὸ ψυχῇ δεσπόζοντος κατέχειν.* cf. ad §. 5. J. 4. 15. *Νεμόμεθα . . . καὶ δι ἑτέρων . . . ὁποῖός ἐστιν ὁ μισθωσάμενος . . . καὶ ὁ ἔνοικος . . . ἐκείνων γὰρ κατεχόντων φυσικῶς, ἐγὼ τῷ νόμῳ νέμομαι.* So sagt auch Julian (Ztschr. f. gesch. Rtsw. XIV. S. 134.) „*Κυρίως γὰρ νομή ἐστι ψυχῇ δεσπόζοντος κατοχή.*“ Diesem Ausdruck würde der lateinische „animus dominantis“ genauer entsprechen; doch ist auch „animus domini“ nicht so verwerflich, wie Böcking §. 123. not. 6. behauptet; nur darf man diesen nicht als „die Absicht, jetzt dominus der Sache zu seyn“ auffassen, welchen Sinn weder das Wort an sich ausdrückt noch irgend ein Schriftsteller über Besitz demselben beigelegt haben mag. Uebrigens ist freilich über das Wesen des Besitzwillens unendlicher Streit. Ueber eine Reihe vergeblicher Versuche, dasselbe anders, als oben geschehen, zu charakterisiren, vgl. Savigny Recht des Besitzes §. 9., welcher mit der Bemerkung schließt (S. 151): „In allen diesen neuern Schriften ist also viele Mühe ohne Resultat, ja eigentlich ohne ein erhebliches Ziel aufgewendet worden.“ Diese Bemerkung findet auch Anwendung auf Schmidt's Abh. über den Willen und die Gränzen der Thätigkeit des Besitzers, in Linde's Ztschr. XX. 4., welche auszuführen sucht, daß dieser Wille und diese Thätigkeit nur auf den Schutz und Gebrauch der Sache, nicht auch (wie beim Eigenthümer) auf deren Verbrauch gerichtet seyn könne, übereinstimmend mit Böcking a. a. O. not. 4., welcher bemerkt, daß „die Eigenthumshandlungen selbst viel umfassender sind, als die Besitzhandlungen, indem jene, nicht diese,

h §. 5. J. l. c. i L. 1. §. 15. D. h. t. L. 16 D de usucap. 41. 3. L. 35 §. 1. D. de pign. act. 13. 7. k L. 39. D. h. t. L. 17. §. 1. D. depos. 16. 3. l L. 10. §. 1. D. h. t. L. 4. §. 1. D. de precario. 43. 26.

auf ein Uebertragen von Rechten an der Sache, ein Veräußern, Verzehren, Vernichten derselben und sonstige Weisen des Gebrauchs gerichtet seyn können, deren der bloße Besitzer als solcher unfähig ist." Vgl. dagegen Arndts in Linde's Ztschr. n. F. III. S. 371. und Bruns Recht des Besitzes S. 468. fg.

2 Die Bezeichnung „abgeleiteter Besitz" rührt von Savigny her, der auch zuerst das anomale Wesen dieser Fälle klar entwickelt hat. Vgl. Bruns S. 5...17. Viele aber wollen diesen Begriff gar nicht gelten lassen, indem sie entweder den animus domini überall nicht für wesentlich halten (Anm. 1), oder „einen animus domini herauskünsteln wollen, wo er nicht ist." Sav. a. a. O. Aber auch unter denen, die den Begriff überhaupt zugeben, ist viel Streit über die Fälle, welche dahin gehören. Manche fügen noch den Besitz der Superficies (der nach Sav. nur iuris quasi possessio ist) und (mit Sav.) den Besitz der Emphyteuse hinzu, während andere in diesen beiden Fällen, oder doch im letzten, weil hier animus domini vorhanden sey, juristischen nicht abgeleiteten Besitz der Sache finden wollen, und aus gleichem Grunde auch den Fall des Precarium nicht hieher rechnen. Vgl. dagegen Rudorff, zur Geschichte der Superficies, in der Ztschr. für gesch. Rtsw. XI. S. 229...233., und Arndts, über den Besitz der Emphyteuse in Linde's Ztschr. n. F. III. 9. — Brinz I. S. 66. schlägt die Bezeichnung „anvertrauter Besitz" statt „abgeleiteter" vor. — Uebrigens zeigt sich im heutigen Recht die Tendenz, überhaupt dem bloßen Inhaber einer Sache schon als solchem Besitzesschutz zu gewähren. Vergl. Arndts in der krit. Ueberschau I. S. 353. fg.

§. 136.

B. Arten des Besitzes. Sprachgebrauch der Quellen.

Die Worte: possessio, possidere bezeichnen im weitern Sinn jede Detention [a], vorzugsweise aber und im engern Sinn den juristischen Besitz [b], possessio ad interdicta, auch den abgeleiteten [c], und im Gegensatz von possessio in diesem engern Sinn wird die bloße Detention näher bezeichnet durch die Ausdrücke: tenere, naturaliter oder corporaliter tenere, naturaliter possidere oder alieno nomine possidere, oder auch in possessione esse [d]. Bei dem juristischen Besitz kommt es an sich nicht darauf an[1], ob die possessio iusta oder iniusta sey [e], d. h. ob man auf rechtmäßige Weise denselben erlangt habe oder auf unrechtmäßige, vi, clam, precario (denn auch der precario erlangte Besitz wird iniusta possessio, sobald er auf ergangenen Widerruf

[a] L. 9. D. de rei vind. 6. 1. [b] L. 1. §. 23. D. de vi. 43. 16. L. 3. §. 8. D. uti possid. 43. 17. §. 5. J. de interd. 4. 15. [c] L. 1. §. 15. L. 36. 37. D. h. t. L. 13. pr. L. 16. D. de usucap 41. 3. [d] L. 9. 10. 12. pr. L. 18. pr. L. 49. pr. D. h. t. §. 5. J. cit. [e] L. 2. D. uti possid. 43. 17. L. 3. §. 5. L. 11. D. h. t. L. 13. §. 1. D. de Publ. act. 6. 3.

nicht zurückgegeben wird [f]; eben so wenig, ob er possessio bonae fidei oder malae fidei, redlicher Besitz, Besitz in gutem Glauben, oder unredlicher Besitz, Besitz in bösem Glauben, sey [g], d. h. ob sich damit die Meinung, ein Recht zum Besitze zu haben, verbinde oder nicht. Aber der iusta causa und bona fide erworbene Eigenthumsbesitz hat die besondere Wirkung, daß er, eine gewisse Zeit hindurch fortgesetzt, zum Eigenthum führt durch Ersitzung (ordentliche Ersitzung); diese possessio ad usucapionem heißt daher insbesondere civilis possessio [2], und im Gegensatze davon wird jeder andere Besitz, juristischer oder nicht-juristischer, unter naturalis possessio verstanden [h]. Uebrigens kommt der Gegensatz von possessio iusta und iniusta [i], bonae fidei und malae fidei [k], auch beim Besitz im weitern Sinne vor [3].

Anm. 1 Auf den Rechtsgrund des Besitzerwerbes bezieht sich die Regel: Nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest. L. 3. §. 19. 20. L. 19. §. 1. D. h. t. L. 1. §. 3. D. pro donato. 41. 6. L. 6. §. 3. D. de precario. 43. 26. L. 5. Cod. h. t. L. 23. Cod. de locato 4. 65. Sie war nach ältrem Recht von besonderer Wichtigkeit in Beziehung auf die usucapio pro herede, L. 2. §. 1. D. pro her. 41. 5. L. 33. §. 1. D. de usucap. 41. 3. Sav. a. a. O. S. 75...80., bezog sich aber nicht bloß darauf. Puchta im Rtslex. II. S. 55. fg. Vgl. noch Thon im Rh. Mus. IV. S. 99...113. und Schirmer in Linde's Ztschr. n. F. XI. S. 432. fg.

2 Diese Bedeutung von civilis possessio vertheidigt ausführlich Sav. §. 7. und nach ihm Thon im Rh. Mus. IV. S. 95...141. Eine andere früher gangbare Meinung, noch vertheidigt von Thibaut im civ. Arch. XVIII. 13., versteht unter civilis possessio jeden juristischen oder Interdictenbesitz; eine dritte Meinung aber, vertheidigt von Burchardi, im civ. Arch. XX. 2., und mit Vermeidung verschiedener Irrthümer desselben, von Vang. §. 199., auch angenommen von Bruns §. 4. und Brinz I. S. 75. fg., versteht darunter den (civilrechtlich nicht gemißbilligten) Besitz mit animus domini, also nicht den abgeleiteten juristischen Besitz, aber auch nicht bloß den Usucapionsbesitz. Vgl. aber gegen Thibaut: Savigny S. 172...178. und Vang. a. a. O., gegen Burchardi: Sav. S. LI...LXVII., und gegen Vang.: Puchta de civili possessione. Lipsiae 1839. (kl. Schr. Nr. 25.) und Inst. II. §. 226. not. l. Im praktischen Resultat macht die erste und die dritte Ansicht (nach Vang.) keinen Unterschied, wohl aber die zweite, wegen der ihr zu Grunde liegenden Erklärung der L. 1. §. 9. 10. D. de vi. — Deiicitur is qui possidet, sive civiliter sive naturaliter

f L. 13. §. 1. cit. L. 22. §. 1. D. de noxal. act. 9. 4. g L. 3. §. 22. D. h. t. L. 48. D. de acquir. rer. dom. 41. 1. §. 35. J. de rer. div. 2. 1. h L. 1. §. 9. 10. D. de vi. 43. 16. L. 2. §. 1. D. pro herede. 41. 5. L. 26. pr. D. de donat. int. v. et u. 24. 1. L. 3. §. 15. D. ad exhibendum. 10. 4. cf. L. 24. D. h. t. L. 38. §. 7. 8. D. de V. O. 45. 1. i L. 7. §. 8. D. comm. div. 10. 3. k L. 22. Cod. de rei vind. 3. 32. (not. a.)

possideat, nam et naturalis possessio ad hoc interdictum pertinet. — Denique et si maritus uxori donavit, eaque deiecta sit, poterit interdicto uti: non tamen, si colonus. —, jedoch auch diese nicht, wenn man die Erklärung dieser Stelle von Kierulff I. S. 346...350. annimmt. Uebrigens bezeichnet Theophilus Eigenthumsbesitz mit den Worten: „τῷ νόμῳ νέμομαι“ (§. 235. Anm. 1.), und die Basil. (§. 135. not. c.) sagen: Νομή ἐστι φυσικῶς ἡ τοῦ πράγματος κατοχὴ, κατὰ δὲ τοὺς νόμους νομή ἐστι ψυχῇ δεσπόζοντος κατοχή. Aber die letzte Stelle enthält eine unrichtige Uebersetzung der L. 10. Cod. h. t. (possessionis duplicem esse causam, aliam, quae iure consistit, aliam, quae corpore, utramque autem ita demum esse legitimam etc.). Anderwärts setzen die Basiliken πολιτικῶς und φυσικῶς νέμεσθαι entgegen, und dies erklärt ein Schol. ad c. 7. Basil. 60. 17., eben mit Beziehung auf L. 1. §. 9. cit., vielmehr der ersten Meinung entsprechend: πολιτικῶς ὡς ἐξ ἀγοράσεως ἢ δορεᾶς, φυσικῶς δὲ, ὡς ὁ κακῇ πίστει νομεύς· ὁ γὰρ πολιτικός νόμος τὸν τοιοῦτον οὐκ ἐπιγινώσκει νομέα (oder nach Fabrot: τήν τοιαύτην οὐκ ἐπιγινώσκει νομήν). Freilich hat der Text bei Fabrot und Heimb. καλῇ πίστει; dies ist aber mit dem Nachsatz nicht zu vereinigen. Julian dagegen unterscheidet: τῶν νομῶν αἱ μὲν εἰσὶ ἔννομοι καὶ πολιτικαὶ, ὥσπερ ἡ ἐπὶ οὐσουκαπίονι· αἱ δὲ μόνον ἔννομοι, ὡς ἐπὶ τῶν ἰντερδίκτων· αἱ δὲ φυσικαὶ, ὡς ἐπὶ τοῦ κομμοδάτου καὶ πιγνερατικίας. Ztschr. f. gesch. Rtsw. XIV. S. 134.

3 Ueber sog. ficta possessio vgl. L. 25. §. 2. 8. D. de hered. pet. 5. 3. L. 25. 27. §. 3. D. de rei vind. 6. 1. — Nebenbedeutungen von possessio, possessor: a) possessor, der Beklagte, bei in rem actiones, entgegengesetzt dem petitor (possessoris vel petitoris partes sustinere). L. 62. D. de iud. 5. 1. L. 16. §. 4. 7. L. 35. D. de her. pet. 5. 3. L. 8. §. 3. D. si serv. vind. 8. 5. b) possessio soviel als Besitzung, Grundeigenthum. L. 78. D. de V. S. L. 15. D. qui satisd. cog. 2. 8. (§. 93. Anm. 2.) Sav. a. a. O. S. 106...110.

§. 137.

C. Subjekte des Besitzes.

Nach dem natürlichen Begriff des Besitzes könnte jeder natürlich Willensfähige, und nur dieser, Besitzer seyn. Da aber dem Besitz als thatsächlicher Ausübung des Eigenthums eine wichtige rechtliche Bedeutung beigelegt worden, so war es einerseits folgerichtig, dem natürlich Willensfähigen, der unfähig ist, Eigenthum zu haben, auch die Fähigkeit, zu besitzen, abzusprechen; aus diesem Grunde ist nach römischem Recht der Unfreie [a], also auch der Kriegsgefangene [b] und derjenige, welcher zur Strafe eine maxima

[a] L. 49. §. 1. L. 34. 30. §. 3. D. h. t. L. 31. §. 2. D. de usucap. 41. 3. cf. L. 1. §. 6. D. h. t. L. 118. D. de R. J. [b] L. 23. §. 1. D. h. t. L. 15. pr. D. de usucap. 41. 3. L. 19. D. ex quib. caus. mai. 4. 6.

capitis deminutio erlitten hat [c], unfähig zu besitzen; andrerseits mußte man dem natürlich Willensunfähigen, der Eigenthum zu haben fähig ist, auch die Fähigkeit, Besitzer zu seyn, beilegen, damit auch Kinder, Wahnsinnige und juristische Personen der Vortheile des Besitzes theilhaftig werden könnten [d].

Anm. Gleich dem Sklaven konnten nach ältrem R. R. auch filiifamilias nicht besitzen, L. 46. §. 1. D. h. t. Gai. II. 89., es sey denn ein in castris adquisitum. L. 4. §. 1. D. de usucap. 41. 3. Nach Justinianischem Recht sind sie überhaupt fähig, Eigenthum zu haben, daher auch zu besitzen; §. 1. J. per quas pers. 2. 9., und nur was zum (sog. profectitium) peculium gehört, besitzen nicht sie, sondern durch sie der Vater. L. 93. D. de R. J. L. 1. §. 5. D. h. t. Nach heutigem (gemeinem) Recht sind also die Beschränkungen in erster Beziehung überhaupt weggefallen (§. 28.).

§. 138.

D. Gegenstand des Besitzes.

Gegenstand des Eigenthumsbesitzes, wie des Eigenthums, ist nur eine körperliche Sache [a], und zwar folgerichtig nur eine solche, welche im Vermögen seyn kann [b]. Wie aber das Eigenthum auf einen intellectuellen Theil der Sache sich beschränken kann (§. 133), so auch der Besitz [c], während [d] dieselbe ganze Sache nicht zu gleicher Zeit im Besitze mehrerer Personen sich befinden kann [1]. Bei Grundstücken kann auch ein reeller Theil (pars pro diviso, locus certus) Gegenstand des Besitzes seyn [e], nicht bei beweglichen Sachen [f]. Jedoch kann eine bewegliche Sache, die, obwohl als Theil einer zusammengesetzten Sache verwendet, gleichwohl noch Gegenstand besondern Eigenthums seyn kann, für den Besitzer des zusammengesetzten Ganzen ungeachtet dieser Verbindung auch besondrer Gegenstand des Besitzes bleiben [2], während derjenige, welcher den Besitz eines zusammengesetzten Ganzen erworben, nicht auch die Bestandtheile derselben als besondere Sachen besitzt, weil der Besitzeswille nicht darauf gerichtet erscheint [g]. Eine Sachgesammtheit dagegen (universitas rerum) ist nicht als Ganzes Gegenstand des Besitzes; nur die einzelnen Sachen sind es, aus welchen sie besteht [h].

[c] L. 8. §. 4. L. 17. pr. D. de poenis. 48. 19. (§. 28.). [d] L. 1. §. 20. 22. L. 2. D. h. t. (§. 141.).

[a] L. 3. pr. D. h. t. [b] L. 30. §. 1. 3. D. h. t. cf. L. 1. §. 6. D. ibid. [c] L. 26. D. h. t. [d] L. 3. §. 5. D. h. t. L. 3. pr. D. uti possid. 43. 17. L. 5. §. 15. D. commod. 13. 6. cf. L. 15. §. 4. D. de precario. 43. 26. [e] L. 26. D. cit. [f] L. 8. D. de rei vind. 6. 1. [g] L. 23. 30. §. 1. D. de usucap. 41. 2. cf. L. 30. pr. D. h. t. L. 7. §. 1. 2. D. ad exhib. 10. 4. [h] L. 30. §. 2. D. de usucap. 41. 3.

Anm. [1] L. 3. §. 5. D. h. t. (Paul.). Ex contrario plures eandem rem in solidum possidere non possunt. Contra naturam quippe est, ut, quum ego aliquid teneam, tu quoque id tenere videaris. Sabinus tamen scribit, eum, qui precario dederit, et ipsum possidere, et eum, qui precario acceperit. Idem Trebatius probabat existimans, posse alium iuste, alium iniuste possidere, duos iniuste vel duos iuste non posse; quem Labeo reprehendit, quoniam in summa possessionis non multum interest, iuste quis an iniuste possideat; quod est verius; non magis enim eadem possessio apud duos esse potest, quam ut tu stare videaris in eo loco, in quo ego sto, vel in quo ego sedeo, tu sedere videaris. L. 3. pr. D. 43. 17. (Ulp.). Si duo possideant in solidum, videamus quid sit dicendum? quod qualiter procedat, videamus. Si quis proponeret possessionem iustam et iniustam; ego possideo ex iusta causa, tu vi aut clam; si a me possides, superior sum interdicto, si vero non a me, neuter nostrum vincetur, nam et tu possides et ego. Cf. L. 5. §. 15. cit. (Ulp.). Duorum quidem in solidum dominium vel possessionem esse non posse (§. 53. Anm 5.). Vgl. darüber Sav. §. 11. Puchta Inst. II. §. 229. A. M. Kierulff I. 364. fg. — Concurrenz des Usucapionsbesitzes des Verpfänders mit dem juristischen Besitz des Pfandgläubigers: L. 16. D. de usucap. 41. 3.

[2] L. 30. §. 1. D. 41. 3. Labeo ait, si is, cui ad tegularum vel columnarum usucapionem decem dies superessent, in aedificium eas coniecisset, nihilominus eum usucapturum, si aedificium possedisset. Quid ergo in his, quae non quidem implicantur rebus soli, sed mobilia permanent, ut in annulo gemma? In quo verum est, et annulum et gemmam possideri et usucapi, quum utrumque maneat integrum. Dagegen L. 23. pr. eod. Eum, qui aedes mercatus est, non puto aliud quid, quam ipsas aedes possidere; nam si singulas res possidere intelligetur, ipsas aedes non possidebit, separatis enim corporibus, ex quibus aedes constant, universitas aedium intelligi non poterit. Accedit (Flor. *accidit*) eo, quod si quis singulas res possidere dixerit, necesse erit dicat, in possessione superficiei temporibus de mobilibus statutis (interpolirt statt *anno?)* locum esse, solum se capturum esse ampliori *(tempore?* vielleicht interpolirt statt *biennio?)*. Quod absurdum et minime iuri civili conveniens est, ut una res diversis temporibus capiatur: utputa, cum aedes ex duabus rebus constent, ex solo et superficie, et universitas earum possessione temporis immobilium rerum dominium (Flor. *omnium,* vielleicht *dominum)* mutet. L. 30. pr. D. h. t. Qui universas aedes possedit (Flor. *possideat)*, singulas res, quae in aedificio sunt, non videtur possedisse. Idem dici debet et de nave et de armario. Ueber die sehr streitige Erklärung dieser Stellen vergl. Sav. §. 22. und S. LXVII...LXXII. Puchta §. 128. Windscheid in Sell's Jahrb. I. 12. Madai im civ. Arch. XXV. 3. Binding, das. XXVII. 9. 15. Pape, in Linde's Ztschr. n. F. IV. 6. Stephan im civ. Arch. XXXI. 10. S. 373. fg. Vang. §. 204. Anm. 2. Böcking Inst. §. 124. not. 16. Pand. I. §. 137.

D. Erwerb des Besitzes.

§. 139.

1) Durch eigene Handlung.

Der Besitz ist erworben, wenn sich das äußere Verhältniß der Herrschaft über die Sache mit dem Willen zu besitzen in der Person des Erwerbenden vereinigt: apiscimur possessionem corpore et animo [a]. Die Handlung, wodurch dieser sich in jenes Verhältniß zur Sache setzt, heißt Besitzergreifung, Apprehension. Sie erfordert nicht nothwendig körperliche Berührung der Sache [b]; sie ist vollendet, wenn der Erwerber nur die gegenwärtige Möglichkeit vollständiger Einwirkung auf die Sache erlangt hat [1], sey es mit dem Willen des bisherigen Besitzers, d. i. durch Tradition [c], auch durch sog. longa manu traditio [d], sey es durch die bloße Thätigkeit des Erwerbers (Occupation), ohne Willen des bisherigen Besitzers [e] oder rücksichtlich einer bisher besitzlosen Sache [f]. Wer bisher schon Inhaber der Sache war, kann mit dem Willen des bisherigen juristischen Besitzers durch bloße Annahme des animus domini Eigenthumsbesitz erwerben (sog. brevi manu traditio [g]), ohne Willen des bisherigen Besitzers aber nur durch eine Handlung, welche den nun angenommenen animus domini erkennbar macht [h]. Der Wille zu besitzen muß übrigens auf eine bestimmte Sache [i], beziehungsweise auf einen bestimmten, reellen oder intellectuellen Theil [k] einer Sache gerichtet seyn [2].

Anm. [1] Ueber das Wesen der Apprehension und gegen die früher herrschenden Vorstellungen von fingirter oder symbolischer Besitzergreifung vgl. Sav. a. a. O. §. 14...18. Ueber das Wort possīdēre, im Gegensatz von possĭdēre vgl. Böcking Inst. §. 124. not. 25. §. 123. not. 8.

[2] L. 32. §. 2. D. 41. 3. Incertam partem possidere nemo potest. Ideo si plures sint in fundo, qui ignorent, quotam quisque partem possideat, neminem eorum mera subtilitate possidere Labeo ait. L. 3. §. 2.

[a] L. 3. §. 1. D. h. t. §. (135.). [b] L. 1. §. 21. D. h. t. [c] L. 1. §. 21. L. 18. §. 2. L. 51. D. h. t. L. 9. §. 6. D. de acquir. rer. dom. 41. 1. L. 9. §. 3. D. de iure dot. 23. 3. L. 74. D. de contrah. emt. 18. 1. cf. L. 1. §. 2. L. 14. §. 1. D. de per. et comm. 18. 6. L. 1. Cod. de donat. 8. 54. [d] L. 79. D. de solut. 46. 3. [e] L. 15. D. h. t. L. 1. D. de vi. 43. 16. [f] L. 5. §. 1. L. 55. D. de acquir. rer. dom. 41. 1. cf. L. 3. §. 14. D. h. t. — L. 3. §. 3. L. 44. pr. ibid. L. 15. D. ad exhib. 10. 4. [g] L. 9. §. 5. D. de acquir. rer. dom. 41. 1. L. 62. pr. D. de evict. 21. 2. L. 9. §. 9. D. de reb. cred. 12. 1. L. 9. §. 1. D. de Publ. act. 6. 2. cf. L. 38. §. 1. D. h. t. [h] L. 3. §. 18. D. h. t. (§. 143.). [i] L. 76. D. de R. J. cf. L. 34. pr. D. h. t. [k] L. 3. §. 2. L. 26. D. h. t. cf. L. 32. §. 2. D. de usucap. 41. 3.

D. h. t. Incertam partem rei possidere nemo potest, veluti si hac mente sis, ut, quidquid Titius possidet, tu quoque velis possidere. Vgl. Sav. S. 300. not. 1. Böcking Inst. §. 124. not. 11*. „Fast allgemein wird diese Stelle gegen die Gesetze der Grammatik von einer Subtilität Labeo's verstanden… Labeo schreibt ohne alle Subtilität, „mera subtilitate possidere“ könne niemand, d. h.… nicht in abstrakter Vorstellung“; und dessen Pand. I. §. 130. „mera subtilitate possidere heißt ἀοϱίστως, in der abstrakten (von dem Gegenstande, der Begränztheit des Objekts des Besitzes, kein Bewußtseyn habenden) Vorstellung besitzen.“

2) Durch Andere.

§. 140.

a) Mit dem Willen des Erwerbers.

Die äußere Herrschaft über eine Sache kann für den eigentlichen Besitzer durch einen Andern ausgeübt werden; daher [a] kann auch durch Handlung eines Andern der Besitz erworben werden [1]. Erforderlich ist dazu von Seiten des eigentlichen Erwerbers [2], daß er den Willen zu besitzen habe, welchen er im Voraus durch Befehl oder Auftrag kund gegeben haben mag [b], von Seiten des Stellvertreters [3], daß er die Besitzergreifung gleichwie derjenige, welcher für sich selbst erwerben will (§. 139), aber mit dem Willen vornehme, den Besitz für jenen zu erwerben [c]; nicht erforderlich ist, daß der erste von der nach seinem Willen geschehenen Besitzergreifung auch Kunde erhalten habe [d]. Durch Tradition jedoch wird nach der Absicht des Tradenten, welcher die Sache einem Stellvertreter für einen bestimmten Andern übergibt, diesem letzten der Besitz erworben, wenn gleich der Empfänger bei sich den Willen hegt, denselben für sich oder einen Dritten zu erwerben [4]. Nur ein Fall des Besitzerwerbs durch Stellvertreter ist das sog. constitutum possessorium, welches darin besteht, daß der bisherige juristische Besitzer erklärt, fortan die Sache im Namen eines Andern, der den Besitz erwerben will, besitzen zu wollen [e].

Anm. [1] Paul V. 2. §. 1. Possessionem adquirimus animo et corpore, animo utique nostro, corpore vel nostro vel alieno. In dieser

[a] L. 1. §. 5…20. L. 3. §. 12. D. h. t. L. 20. 53. §. 2. D. de acquir. dom. 41. 1. L. 31. §. 2. D. de usucap. 41. 3. L. 1. 8. Cod. h. t. Pauli sentt. V. 2. §. 1. [b] L. 42. §. 1. D. h. t. Paul. l. c. §. 2. L. 13. pr. D. de acquir. rer. dom. 41. 1. cf. L. 53. eod. (Anm. 1.). [c] L. 1. §. 19. 20. cf. §. 9…11. D. h. t. [d] L. 13. pr. cit. L. 47. D. de usucap. 41. 3. L. 1. Cod. h. t. §. 5. J. per quas person. 2. 9. cf. L. 34. §. 1. D. h. t. [e] L. 18. pr. D. h. t. L. 77. D. de rei vind. 6. 1. L. 28. 35. §. 5. Cod. de donat. 8. 54.

Beziehung und so auch bezüglich des Eigenthums, sofern dessen Erwerb mit dem Besitzerwerb sich verbindet, ist Erwerb selbst durch freie Stellvertreter (§. 76.) zuerst vollkommen anerkannt worden: L. 53. D. 41. 1. Quod naturaliter acquiritur, sicuti est possessio, per quemlibet volentibus nobis possidere *(volentem nobis possidere?)* acquirimus. L. 20. §. 2. eod. „placet, per liberam personam omnium rerum possessionem quaeri posse, et per hanc dominium. §. 5. I. 2. 9. Et hoc est quod dicitur, per extraneam personam nihil acquiri posse, excepto eo, quod per liberam personam, veluti per procuratorem, placet non solum scientibus, sed et ignorantibus nobis acquiri possessionem secundum D. Severi constitutionem, et per hanc possessionem etiam dominium, si dominus fuit, qui tradidit.

[2] L. 42. §. 1. D. h. t. Procurator si quidem mandante domino rem emerit, protinus illi acquirit possessionem (cf. L. 1. Cod. h. t. *per liberam personam ignoranti quoque acquiri possessionem*," not. d.); quod si sua sponte emerit, nonnisi ratam habuerit dominus emtionem. Streitfrage: ob dazu ein specieller Auftrag mit Rücksicht auf bestimmte Sachen vorausgesetzt werde? oder ob auch durch einen procurator omnium bonorum in gleicher Weise Besitz sofort erworben werde, wenn dieser irgend welche Sachen kraft seiner allgemeinen Vollmacht für den Vollmachtgeber erwirbt? das letzte wird gegen die jetzt herrschende Theorie, aber übereinstimmend mit ältern Rechtsgelehrten, z. B. Donell. comm. V. 8. §. 10., gut vertheidigt von Bremer in Linde's Ztschr. n. F. XI. 7. Vgl. auch Seuffert's Arch. V. 106. Dagegen jedoch scheint zu sprechen L. 24. D. de neg. gest. 3. 5. vgl. Chambon, Negotiorum Gestio S. 171. Gegen Bremer vgl. jetzt noch Schirmer in Linde's Ztschr. n. F. XIV. 3.

[3] L. 1. §. 19. 20. D. h. t. Haec, quae de servis diximus, ita se habent, si et ipsi velint nobis adquirere possessionem; nam si iubeas servum tuum possidere et is eo animo intret in possessionem, ut nolit tibi sed potius Titio adquirere, non est tibi adquisita possessio. §. 20. Per procuratorem tutorem curatoremve possessio nobis adquiritur. Quum autem suo nomine nacti fuerint possessionem, non cum ea mente, ut operam duntaxat suam acommodarent nobis, non possumus acquirere (Flor. *accomodarent, nobis non possunt acquirere.* Hal. *nobis accomodarent, non possunt acquirere).* Ueber die Erkenntniß dieser Willensmeinung des Stellvertreters vgl. Bremer a. a. O. S. 236. fg.

[4] L. 13. D. de donat. 39. 5. (Ulp.) „et si procuratori meo hoc animo rem tradiderit, ut mihi acquirat, ille quasi sibi acquisiturus acceperit, nihil agit in sua persona, sed mihi acquirit." Scheinbar widersprechend L. 37. §. 6. D. de acquir. dom. 41. 1. (Julian.) „et si procuratori meo rem tradideris, ut meam faceres, is hac mente acceperit, ut suam faceret, nihil agetur." Man ergänzt: „sc. in sua persona." Sav. S. 353. not. 1. Dagegen Bremer a. a. O. S. 249. fg. versteht, mit Donell. comm. V. 10. §. 6., L. 37. §. 6. cit. von dem Fall äußerlich erkennbarer Verschiedenheit des Willens, L. 13. cit. von dem Fall einer bloßen Mental-

reservation des Empfängers. Vgl. auch Ihering in den Jahrb. f. Dogm. I. S. 325. Scheurl das. II. S. 26. Brinz I. S. 69. Nicht widersprechend sind L. 43. §. 1. D. de furt. 47. 2. L. 59. D. de acquir. dom. 41. 1. L. 2. Cod. de his qui a non dom. 7. 10. vgl. Sav. a. a. O. und unten §. 145. Anm. 3. Ueber possessionis traditio vgl. überhaupt noch Brinz in dem Jahrbuch des gemeinen Rechts III. 2.

§. 141.

b) Ohne Willen des Erwerbers.

Von der Regel, welche zum Besitzerwerb durch einen Andern den Besitzeswillen des Erwerbers erfordert, sind folgende Ausnahmen zugelassen: 1) Kinder in väterlicher Gewalt (und nach römischem Recht Sclaven) erwerben für das Peculium (ex peculiari causa) Besitz ohne Wissen und Willen des Vaters (oder Herrn) [a]. Diese Ausnahme wird zwar erklärt durch Bezugnahme auf die in der Einräumung des Peculium enthaltene allgemeine Ermächtigung [b], aber es wird zugleich anerkannt, daß auf solche Weise auch diejenigen Besitz erwerben können, welche das Peculium nicht eingeräumt haben oder als Willensunfähige nicht einmal einräumen könnten [c]. 2) Für Bevormundete wird durch ihre Vormünder [d], für juristische Personen durch ihre gesetzlichen Vertreter [e] Besitz erworben, wenn gleich jene selbst des Willens zu besitzen natürlich unfähig sind [f]. Durch diese Ausnahme ist für solche Personen das wichtige Recht des Besitzes überhaupt möglich gemacht (§. 137).

Anm. Ueber die Frage, ob ein Unmündiger, zumal ein Infans, auch ohne Mitwirkung des Tutors Besitz erwerben könne? vgl. a) L. 1. §. 3. D. h. t. Ofilius quidem et Nerva filius etiam sine tutoris auctoritate possidere incipere posse pupillum aiunt: eam enim rem facti, non iuris esse: quae sententia recipi potest, si eius aetatis sunt, ut intellectum capiant. b) L. 32. §. 2. D. h. t. Infans possidere recte potest, si tutore auctore coepit; nam iudicium infantis suppletur auctoritate tutoris; utilitatis enim causa hoc receptum est, nam alioquin nullus consensus est infantis accipienti possessionem (andre Lesart, auch in der Flor., *sensus sit (est) infantis (*oder *infanti) accipienti poss.).* Pupillus tamen etiam sine tutoris auctoritate possessionem nancisci potest; item infans peculiari nomine per servum possidere potest. (Die Inscription dieser Stelle lautet: *Paulus lib.* 15. *ad Sabinum*, was mit der Reihenfolge der Pandektenfragmente übereinstimmt (§. 8. Anm.); nach Angabe des Alciatus hatten aber andere Hdschr.

[a] L. 1. §. 5. L. 3. §. 12. L. 4. 24 D. h. t. L. 31. §. 3. D. de usucap. 41. 3. [b] L. 1. §. 5. cit. cf. L. 44. §. 1. D. ibid. [c] L. 1. §. 5. in f. L. 32. §. 2. in f. D. h. t. [d] L. 1. §. 20. D. h. t. L. 13. §. 1. D. de acquir. rer. dom. 41. 1. [e] L. 1. §. ult. L. 2. D. h. t. [f] L. 1. §. 3. 5. in f. 9…11. D. h. t. L. 26. Cod. de donat. 8. 54.

Papinianus lib. 11. *Respons.* Eine Hdschr. hat *Pomp.)* c) L. 3. Cod. h. t. (Imp. Decius A. Rufino) Donatarum rerum a quacunque persona infanti vacua possessio tradita corpore quaeritur. Quamvis enim sint auctorum sententiae dissentientes, tamen consultius videtur interim, licet animi plenus non fuisset affectus (al. *effectus*), possessionem per traditionem esse quaesitam; alioquin, sicuti consultissimi viri Papiniani responso continetur, nec quidem per tutorem possessio infanti poterit acquiri. — Sav. a. a. O. §. 21. und im Syst. III. S. 49...54. Puchta über den Besitzerwerb eines Kindes im Rh. Mus. V. 3. (kl. civ. Schriften Nr. 19.). Denzinger im civ. Archiv XXXI. 7. 13. Vang. §. 204. Anm. 1.

F. Verlust des Besitzes.

§. 142.

1) Im Allgemeinen.

Nach natürlicher Anschauung möchte man annehmen, der erworbene Besitz müsse aufhören, sobald entweder das körperliche Verhältniß unmittelbarer Gewalt über die Sache oder die bewußte Richtung des Willens auf dieselbe eine Unterbrechung erleidet. Darnach würde aber der Besitz ein Verhältniß von solcher Unsicherheit und Wandelbarkeit seyn, daß es kaum statthaft wäre, mit der Existenz und Dauer desselben erhebliche juristische Wirkungen zu verbinden. Das Recht nimmt daher den Besitz als fortdauernd an, so lange nicht das Entgegengesetzte des einen oder andern der Momente (corpus oder animus), deren Vereinigung den Besitz ausmacht, eingetreten ist [a]. Daher ist der Besitz erst verloren, wenn entweder dem Besitzer die Möglichkeit entzogen ist, sich nach Belieben wieder in jenes unmittelbare Verhältniß zur Sache zu versetzen [b], oder derselbe, seine Handlungsfähigkeit vorausgesetzt [c], des Willens geworden ist, ferner nicht zu besitzen [d], sey es, daß er den Besitz schlechthin aufgeben oder denselben nur auf eine bestimmte andere Person übertragen will, in welchem letzten Fall das Aufgeben von seiner Seite durch das Erwerben des Besitzes von der andern Seite bedingt erscheint [2]. Für den Besitz von Grundstücken ist noch die besondere Regel angenommen [e], daß derselbe

[a] L. 8. D. h. t. L. 153. D. de R. J. cf. L. 3. §. 6. L. 44. §. 2. D. h. t. [b] L. 3. §. 11. 13. 17. L. 13. pr. 15. 25. pr. 44. pr. D. h. t. L. 5. pr. §. 4. 5. D. de acquir. dom. 41. 1. — L. 1. §. 45. 47. D. de vi. 43. 16. L. 4. § 22. D. de usucap. 41. 3. cf. L. 1. §. 14. L. 13. pr. in f. L. 15. in f. D. h. t. [c] L. 29. D. h. t. cf. L. 27. eod. [d] L. 3. §. 6. L. 17. §. 1. L. 30. §. 4. cf. L. 12. §. 1. D. h. t. Dig. pro derelicto. 41. 7. L. 33. §. 2. D. de usucap. 41. 3. cf. L. 9. D. quod met. 4. 2. [e] L. 3. §. 7. 8. L. 6. 7. L. 25. §. 2. L. 27. 46. D. h. t. L. 1. §. 24. D. de vi. 43. 16.

durch eines Andern Occupation, wenn gleich wider Willen, doch nicht ohne Wissen des Besitzers oder seines Stellvertreters verloren werde[3].

Anm. [1] L. 153. D. de R. J. Fere quibuscunque modis obligamur, iisdem in contrarium actis liberamur, quum quibus modis acquirimus, iisdem in contrarium actis amittimus. Ut igitur nulla possessio acquiri nisi animo et corpore potest, ita nulla amittitur, nisi in qua utrumque in contrarium actum est. Die letzte Hälfte dieser Stelle, nur mit Quemadmodum beginnend, findet sich eben so in L. 8. h. t., beide aus Paul. lib. LXV. ad Edictum. Ueber die Bedeutung des utrumque vgl. L. 10. §. 13. D. de grad. 38. 10. „per utrumque parentem, id est aut per matrem tantum aut per patrem aut per utrumque." cf. L. 16. D. de legat. II. L. 8. §. 5. Cod. de bon. que lib. 6. 61. Sav. Recht des Besitzes §. 30.

[2] L. 34. pr. D. h. t. (Ulp.) Si me in vacuam possessionem fundi Corneliani miseris, ego me putarem in fundum Sempronianum missum et in Cornelianum iero, non acquiram possessionem, nisi forte in nomine tantum erraverimus, in corpore consenserimus. Quando (Flor. *quoniam*) autem in corpore non consenserimus (Flor. *in corpore consenserimus*), an a te tamen recedat possessio, quia animo deponere et mutare nos possessionem posse et Celsus et Marcellus scribunt, dubitari potest; et si animo acquiri possessio potest, numquid etiam acquisita est? Sed non puto errantem acquirere; ergo nec amittet possessionem, qui quodammodo sub conditione recessit de possessione. Dagegen L. 18. §. 1. eod. (Celsus). Si furioso, quem sanae (Flor. *suae*) mentis esse existimas, . . . rem tradideris, licet ille non erit adeptus possessionem, tu possidere desinis; sufficit quippe dimittere possessionem, etiamsi non transferas. Illud enim ridiculum est dicere, quod non aliter vult quis dimittere quam si transferat; imo vult dimittere, quia existimat se transferre. Vgl. Böcking Inst. §. 125. not. 15. „Offenbar nimmt hier Celsus eine andre Absicht im Tradenten an, als Ulpian in L. 34. pr. cit., und beide Stellen widersprechen sich einander nicht". Dagegen Scheurl Beitr. I. S. 204. „Der Widerspruch ist handgreiflich, aber . . . ohne Bedenken die historische Vereinigung anzuwenden."

[3] Insofern auch hier „animo amittitur possessio fundi;" bis dahin „animo (oder solo animo) retinetur." Sav. a. a. O. §. 31. S. 407. fg.

§. 143.

2) Im Falle der Stellvertretung.

Wird der Besitz durch einen Stellvertreter ausgeübt, so behält ihn der Besitzer unzweifelhaft so lange, als er nicht selbst den Willen zu besitzen aufgibt und jener in dessen Namen die Sache innehat[a]. Er verliert ihn aber auch nicht dadurch allein, daß der

[a] L. 9. D. h. t. L. 1. §. 45. D. de vi. 43. 16. cf. L. 20. D. h. t.

Stellvertreter stirbt oder willensunfähig wird [b], oder die Detention aufgibt [c], oder den Willen faßt, fortan für sich selbst oder für einen Dritten zu besitzen, so lange sich dieser Wille nicht durch eine Handlung kund gibt, welche an sich dem bisherigen Besitzer den Besitz zu entziehen geeignet wäre [d]. Verloren aber ist ihm der Besitz, wenn dem Stellvertreter gegen seinen Willen die Detention der Sache entzogen ist [e].

Anm. L. 12. Cod. h. t. (Justinian.). Ex libris Sabinianis quaestionem in divinas nostri numinis aures relatam tollentes definimus: ut, sive servus sive procurator vel colonus vel inquilinus vel quispiam alius, per quem licentia est nobis possidere, corporaliter nactam possessionem cuiuscunque rei dereliquerit vel alii prodiderit, desidia forte vel dolo, ut locus aperiatur alii eandem possessionem detinere, nihil penitus domino praeiudicii generetur, ne ex aliena malignitate alienum damnum emergat, etc. Vgl. L. 40. §. 1. D. h. t. Si forte colonus, per quem dominus possideret, decessisset, propter utilitatem receptum est, ut per colonum possessio et retineretur et contineretur (Hal. *continuaretur*); quo mortuo non statim dicendum, eam interpellari, sed tunc demum, quum dominus possessionem adipisci neglexerit. Idem (al. *Aliud*) existimandum ait, si colonus sponte possessione discesserit; sed haec ita esse vera, si nemo extraneus eam rem interim possederit, sed semper in hereditate coloni manserit. (Der Pluralis *haec . . . vera* spricht für die Lesart *Idem*, die auch Uebereinstimmung mit L. 12. cit. ergibt.) L. 3. §. 8. eod . . . Quodsi servus vel colonus, per quos corpore possidebam, decesserint discesserintve, animo retinebo possessionem *(sc. fundi)*. §. 9. Et si alii tradiderim (al. *Sed ei alii tradiderit* oder nach Hal. *tradiderint*), amitto possessionem. Nam constat possidere nos *(sc. fundum)*, donec aut nostra voluntate discesserimus aut vi deiecti fuerimus (Hal. *discesserint . . . . fuerint*). — Streitfrage: ob Justinian's Decision sich nur auf den Fall beziehe, wenn der Stellvertreter den Besitz bloß verläßt? Vang. §. 209., oder auch auf den Fall, wenn er denselben einem Dritten übergibt? Sav. §. 33. Sie ist unerheblich in Beziehung auf bewegliche Sachen, weil hier der Besitz doch verloren ist durch contrectatio rei (auf solche bezieht sich L. 33. §. 4. cit.), erheblich aber für unbewegliche Sachen, weil an diesen nach der letzten Ansicht der Besitz erst verloren seyn würde, wenn der Besitzer von der fremden Besitzergreifung Kunde erhalten hat und sich dabei beruhigt oder zurückgewiesen wird. Vgl. Kierulff I. S. 398. Mit dieser Ansicht sind auch L. 40. §. 1. in f. und L. 44. §. 2. D. h. t. noch vereinbar. — Ueber den Verlust des Besitzes beweglicher Sachen an den Stellvertreter, namentlich die Erfordernisse der

[b] L. 25. §. 1. L. 40. §. 1. D. h. t. [c] L. 3. §. 8. 9. D. h. t. l. 31. D. de dolo. 4. 3. L. 12. Cod. h. t. cf. L. 31. L. 40. §. 1. D. h. t. L. 44. §. 2. D. ibid. L. 33. §. 4. D. de usucap. 41. 3. [d] L. 3. §. 18. D. h. t. L. 67. pr. D. de furtis. 47. 2. cf. L. 47. D. h. t. — L. 32. §. 1. D. ibid. [e] L. 1. §. 22. D. de vi. 43. 19.

contrectatio rei durch denselben (not. d.), vgl. noch insbesondere Schirmer in Linde's Ztschr. n. F. XI. 12.

III. Eigenthumserwerb [a].

§. 144.

Das Eigenthum einer Sache erwirbt man unter verschiedenartigen thatsächlichen Voraussetzungen entweder als Rechtsnachfolger des bisherigen Eigenthümers, oder unabhängig von dem bisherigen Recht eines Andern (§. 56.). Daraus ergibt sich die wichtigste Eintheilung der Erwerbarten des Eigenthums, in abgeleitete oder derivative, und ursprüngliche oder originäre. Unter den letzten gibt es einige, die Eigenthum des Erwerbers an einer andern Sache zur Voraussetzung haben, andere sind auch davon unabhängig. Nach diesen Unterschieden sind die Erwerbarten in den folgenden §§. geordnet. Die römische Eintheilung der Eigenthumserwerbarten in natürliche und civilrechtliche (naturales oder iuris gentium und civiles acquisitiones) ist für das System des geltenden Rechts von keiner Bedeutung.

A. Abgeleiteter Erwerb des Eigenthums.

§. 145.

1) Durch Uebergabe. Tradition.

Um das Eigenthum einer Sache durch eine Handlung unter Lebenden auf einen Andern zu übertragen, genügt nach römischem Recht regelmäßig nicht die bloße Willenserklärung des Gebers und Erwerbers; es muß die Ueberlassung des Besitzes der Sache, Tradition, hinzukommen [a]. Durch diese, nicht durch den Vertrag allein, wird das Eigenthum erworben [1]. Die Erfordernisse dieser Erwerbart sind folgende: 1) der Geber muß, als Eigenthümer [b] oder anstatt desselben [c], das Eigenthum zu übertragen befugt, der Empfänger dasselbe zu erwerben fähig seyn. 2) Der Erwerber muß, in eigener Person oder durch einen Stellvertreter, den juristischen Besitz der Sache erlangen, und zwar mit dem Willen des bisherigen Eigenthümers oder desjenigen, der in dessen Namen

[a] §. 11 ... 48. J. de rerum divisione. 2. 1. Dig. de acquirendo rerum dominio. 41. 1.

[a] L. 20. Cod. de pactis. 2. 3. L. 50. pr. D. de rei vind. 6. 1. L. 15. Cod. eod. 3. 32. [b] L. 20. pr. §. 1. D. h. t. 41. 1. pr. §. 2. J. quib. alienare lic. 2. 8. (§. 132). [c] §. 42. 43. J. h. t. L. 9. §. 4. D. h. t. L. 46. eod. §. 1. J. quib. alienare lic. 2. 8. (§. 127.)

handelt [d]. Hatte jener bisher schon den juristischen Besitz der Sache, so bedarf es freilich nur noch der Einräumung des Eigenthums, sog. brevi manu traditio [e]. Ist aber ein Dritter im Besitz, so kann der Eigenthümer wohl die Ermächtigung geben, sich den Besitz zu verschaffen, insbesondere auch seine Eigenthumsklage zu diesem Zwecke abtreten, das Eigenthum aber wird hier erst durch die wirklich nachfolgende Erlangung des Besitzes erworben [f]. 3) Die Ueberlassung des Besitzes muß in der gegenseitig erklärten Willensmeinung geschehen, das Eigenthum der Sache zu übertragen, beziehungsweise (für sich oder für einen Andern) zu erwerben [g]. In dieser Beziehung aber ist zu beachten: a) Der Wille muß beiderseits auf die wirklich übergebene Sache gerichtet seyn [h], so zwar, daß der eine das Eigenthum dieser Sache für sich oder einen Dritten erwerben, der andre das Eigenthum an dieser selben Sache als sein oder eines Dritten Eigenthum aufgeben will [2]. b) Das Eigenthum wird keinem andern erworben, als welchem der Tradent dasselbe veräußern wollte, wenn dessen Wille auf eine bestimmte Person als Erwerber gerichtet ist [i]; dieses aber braucht nicht nothwendig [k] der Fall zu seyn [3]. c) Dem Willen der Eigenthumsübertragung liegt immer irgend eine rechtliche Absicht zum Grunde, in welcher diese vorgenommen wird, sey es, um zu schenken, oder eine Verbindlichkeit zu erfüllen, oder eine Verbindlichkeit zu begründen, causa traditionis [l]. Das Eigenthum wird nicht übertragen, wenn die Veräußerung der Sache aus diesem Grunde rechtlich unstatthaft ist; es ist iusta causa traditionis erforderlich [m]. Es ist aber weder erforderlich, daß ein Rechtsgrund der Eigenthumsübertragung schon vor der Uebergabe gegeben sey [n], noch, daß überhaupt ein solcher wirklich bestehe [o], noch auch, daß die Absicht, in welcher sie geschieht,

[d] L. 5. 33. D. de poss. 41. 2. (§. 139 . . . 141.). cf. L. 6. D. de donat. 39. 5. L. 9. §. 5. D. h. t. 41. 1. [e] §. 44. J. h. t. L. 9. §. 5. L 21. §. 1. D. h. t. L. 46. D. de rei vind. 6. 1. [f] L. 21. 47. D. de rei vind. 6. 1. L. 13. Cod. de distr. pign. 8. 28. [g] §. 40. J. h. t. L. 9. §. 3. D. h. t. L. 55. D. de O. et A. 44. 7. [h] L. 2. §. 6. D. pro emtore 41. 4. L. 34. pr. §. 1. D. de poss. 41. 2. cf. L. 36. D. h. t. [i] L. 13. D. de donat. 39. 5. (§. 140.). L. 43. §. 1. D. de furtis 47. 2. cf. L. 13. pr. L. 20. §. 2. L. 59. D. h. t. L. ult. Cod. si quis alteri. 4. 50. L. 2. Cod. de his qui a non dom. 7. 10. [k] §. 46. J. h. t. L. 9. §. 7. D. h. t. cf. L. 5. §. 1. D. pro derelicto. 41. 7. [l] L. 65. §. 4. D. ad Sc. Treb. 36. 1. (§. 80. Anm. 2.). [m] L. 5. §. 18. L. 36. pr. D. de donat. int. v. et u. 24. 1. L. 1. §. 2. D. pro donato. 41. 6. Ulp. XIX. 7. [n] L. 9. §. 4. D. h. t. L. 10. D. de donat. 39. 5. L. 7. §. 3. D. de iure dot. 23. 3. L. 2. pr. §. 2 . . . 4. D. de reb. cred. 12. 1. Dig. de cond. causa data. 12. 4. cf. L. 31. D. h. t. [o] L. 6. Cod. si quis alt. 4. 50. Dig. de cond. indeb. 12. 6.

rechtlich gebilligt sey [p], und der Uebergang des Eigenthums wird auch dadurch nicht gehindert, daß Geber und Empfänger rücksichtlich des Grundes der Eigenthumsübertragung verschiedener Meinung sind [q], wenn nur der Wille, Eigenthum zu übertragen, beziehungsweise zu erwerben, zusammentrifft [4]. d) Der Wille, das Eigenthum zu übertragen, kann ein bedingter seyn [r]; alsdann geht das Eigenthum, ungeachtet der geschehenen Uebergabe, erst durch Erfüllung der Bedingung auf den Empfänger über [5]. Bei der Uebergabe auf Grund des Verkaufes wird nach rechtlicher Vorschrift die Befriedigung des Verkäufers stillschweigend als Bedingung der Eigenthumsübertragung angenommen, wenn dieser nicht dem Käufer Zahlungsaufschub gestattet [s].

Anm. [1] L. 20. Cod. 2. 3. Traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur. Doch ist nicht ein Uebergeben der Sache im eigentlichen Sinn wesentlich erforderlich. „Das Wesentliche ist, daß der Wille, Eigenthum zu geben und zu erwerben, in dem Besitz des Erwerbers sich verkörpere.“ Puchta §. 148. Böcking Inst. §. 126. not. 6. §. 153. not. 7 ... 14. vgl. not. d ... f. — Eine Ausnahme von obiger Regel (einen sogen. transitus legalis) zu Gunsten der Kirchen hat man mit Unrecht zu finden geglaubt in L. 23. §. 1. Cod. de ss. eccles. 1. 2., was neuerdings noch vertheidigt wurde von Thibaut im civ. Archiv XX. 1. Vgl. dagegen Vang. §. 311. Anm. 4. Mag aber auch mit Recht die bei dieser Gelegenheit von Thibaut geäußerte Ansicht, jene Regel sey „das Kahlste auf der Welt“ und eine bloße „Albernheit“, mißbilligt werden, so ist es andrerseits nicht minder falsch, daraus das Princip zu machen, daß durch Verträge „nur Obligationsverhältnisse,“ also überhaupt keine dinglichen Rechte entstehen können. Vgl. Böcking Inst. §. 153. not. 24. — Besser begründet scheint eine andere Ausnahme, rücksichtlich der Entstehung des Miteigenthums bei der societas omnium bonorum, nach L. 1. §. 1. L. 2. D. pro socio. 17. 2. In societate omnium bonorum omnes res, quae coeuntium sunt, continuo communicantur (Paul.); quia licet specialiter traditio non interveniat, tacita tamen creditur intervenire (Gai.). cf. L. 4. Cod. comm. de iud. 3. 38. Doch hat man auch diese durch Annahme eines Constitutum possessorium (§. 140.) zu erklären versucht. Savigny Rt. des Besitzes, S. 374.; dagegen jedoch Puchta kl. Schriften S. 439. Inst. §. 241. not. c. Böcking Inst. §. 124. not. 46. §. 142. not. 23.

[2] Ob auch ein Irrthum in Ansehung des Eigenthums den Uebergang desselben hindere, ist freilich bestritten. L. 35. D. h. t.: Si procurator meus vel tutor pupilli rem suam, quasi meam vel pupilli, alii tradiderint, non recessit ab eis dominium et nulla est alienatio, quia nemo errans rem suam amittit. cf. L. 10.

[p] L. 5. §. 1. D. de cond. sine causa. 12. 7. L. 2. D. de cond. ob turpem caus. 12. 5. [q] L. 36. D. h. t. cf. L. 55. D. de O. et A. 44. 7. L. 18. pr. D. de reb. cred. 12. 1. [r] L. 38. §. 1. in f. D. de poss. 41. 2. L. 2. §. 5. D. de donat. 39. 5. [s] §. 41. J. h. t. L. 19. 53. D. de contrah. emt. 18. 1.

§. 1. D. de cur. fur. 27. 10. Auf den Fall eines error in corpore wird L. 35. cit. gedeutet von Thibaut Verf. II. 4. Nr. II. Sav. III. S. 355. not. b., aber nicht entsprechend ihrer Fassung, und im Widerspruch mit L. 15. §. 2. D. de contrah. emt. 18. 1. Si rem meam mihi ignoranti vendideris et iussu meo alii tradideris, non putat Pomponius dominium meum (Vulg. *in eum*) transire, quoniam non hoc mihi propositum fuit, sed quasi tuum dominium ad eum transire; et ideo etiamsi donaturus mihi rem meam iussu meo alii tradas, idem dicendum erit. Vang. §. 311. Anm. 3. Puchta §. 148. not. i. Böcking Inst. §. 153. not. 38. Auch nöthigt nicht zu jener Annahme, vielmehr steht richtig erklärt entgegen L. 49. D. mand. 17. 1. Servum Titii emi ab alio bona fide et possideo; mandatu meo eum Titius vendidit, quum ignoraret suum esse; vel contra, ego vendidi illius mandatu, quum forte is, cui heres extiterit, eum emisset: de iure evictionis et de mandato quaesitum est. Et puto, Titium, quamvis quasi procurator vendidisset, obstrictum emtori, neque si rem tradidisset, vindicationem ei concedendam, et idcirco mandati eum non teneri, sed contraria mandati agere posse, si quid eius interfuisset, quia forte venditurus non fuerit. Contra mandator, si rem ab eo vindicare velit, exceptione doli summovetur, et adversus venditorem (Flor. *venditionem*) testatoris sui habet ex emto iure hereditario actionem. Scheurl Beitr. I. S. 192. fg. und in d. Jahrb. für Dogm. II. S. 13. fg. Ihering das. S. 149... 180.

[3] L. 9. §. 7. D. h. t. Hoc amplius interdum et in incertam personam collata voluntas domini transfert rei proprietatem, ut ecce, qui missilia iactat in vulgus, etc. cf. L. 5. §. 1. D. pro derel. 41. 7. Demnach kann auch der (stille) Stellvertreter, der erweislich in dieser Absicht die Sache empfängt, dem Mandanten sofort Eigenthum erwerben, wenn gleich der Tradent nicht weiß, daß jener im Auftrag eines Andern und in wessen Auftrag er empfange: womit die Stellen in not. i. nur scheinbar in Widerspruch stehen. Puchta de dominio rerum per procuratorem adquirendo disputatio. Lipsiae 1842. (kl. Schriften Nr. 32.). Vgl. L. 1. §. 20. D. de poss. Scheurl a. a. O. S. 205. fg. Böcking a. a. O. not. 19. Brinz I. §. 55. a. E. Dagegen jedoch erklärt sich Ihering a. a. O. I. S. 324. fg. — Andrerseits wird dem Mandanten, welchem der Tradent es erklärter Maßen zugedacht hat, das Eigenthum erworben, wenn gleich der Bevollmächtigte für sich die Absicht hegt, dasselbe für einen Andern oder für sich selbst zu erwerben, L. 13. D. de donat. (§. 140. Anm. 4.); und es wird gar nicht veräußert, wenn ein bloß angeblicher Stellvertreter in solcher Absicht die Sache übernimmt, während der Tradent nur in der Absicht, der angeblich vertretenen Person das Eigenthum zu übertragen, dieselbe übergibt. L. 43. §. 1. D. 47. 2. — Einige Fälle aber gibt es, wo Jemand ausnahmsweise für einen Andern erwirbt, ohne dessen Stellvertreter seyn zu wollen, nämlich: a) Mündel können die Sachen, welche der Vormund mit ihrem Gelde für sich angeschafft hat, vindiciren. L. 2. D. quando ex facto tut. 26. 9. L. 3. Cod. arb. tut. 5. 51. b) Eben so Soldaten die mit ihrem Gelde erkauften Sachen. L. 8. Cod. de rei vind. 3. 32. L. 2. Cod. de donat. int. v. et u. 5. 16. c) Die Frau kann im Fall der Zahlungs-

unfähigkeit des Mannes die Sachen vindiciren, welche dieser mit dem von ihr geschenkten Gelde, eben so wie die, welche er mit Dotalgeld für sich angeschafft hat, sofern sie noch vorhanden sind. L. 55. D. de donat. int. v. et u. 24. 1. cf. L. 54. D. de iure dot. 23. 3. Zwar macht Ihering (Jahrb. für Dogm. I. S. 158. fg.) aus der rei vindicatio utilis in diesen und andern Fällen ein eigenthümliches Zwitterding von persönlicher und dinglicher Klage, eine verstärkte oder gesteigerte persönliche Klage gegen den Eigenthümer auf Uebertragung des Eigenthums. Aber diese neue Theorie der utilis rei vindicatio scheint mir weder quellenmäßig begründet, noch an sich beifallswürdig.

4 Ueber die causa traditionis überhaupt vgl. vorzüglich Savigny Obl. II. §. 78. Dazu Bähr die Anerkennung S. 13. fg. und Strempel die iusta causa bei der Tradition. Wismar 1856. — Ueber Irrthum oder Mißverständniß in Ansehung der Causa: L. 36. D. h. t. (Julian. lib. XIII. Dig.). Quum in corpus quidem, quod traditur, consentiamus, in causis vero dissentiamus, non animadverto, cur inefficax sit traditio; veluti si ego credam, me ex testamento tibi obligatum esse, ut fundum tradam, tu existimes, ex stipulatu tibi eum deberi; nam et si pecuniam numeratam tibi tradam donandi gratia, tu eam quasi creditam accipias, constat proprietatem ad te transire, nec impedimento esse, quod circa causam dandi atque accipiendi dissenserimus. Dagegen: L. 18. pr. D. 12. 1. (Ulp. lib. VII. disput.). Si ego pecuniam tibi quasi donaturus dedero, tu quasi mutuam accipias, Julianus scribit, donationem non esse; sed an mutua sit, videndum. Et puto, nec mutuam esse, magisque nummos accipientis non fieri, quum alia opinione acceperit. Quare si eos consumserit, licet condictione teneatur, tamen doli exceptione uti poterit, quia secundum voluntatem dantis nummi sint consumti. Ueber die manchfaltigen Vereinigungsversuche vgl. Regenbrecht Comm. ad L. 36. D. de acquir. rer. dom. et L. 18. D. de reb. cred. Berolini 1820., insbesondere über die ältere Literatur das. pag. 69...109. Seuffert Erörtr. S. 23...27. Vang. §. 311. Anm. 3. Puchta §. 148. not. h. und Vorles. I. S. 447. Schmid Hdb. §. 8. not. 29. Scheurl a. a. O. S. 191. fg. Die meisten betrachten die L. 36. als die entscheidende Stelle und finden in L. 18. höchstens eine Ausnahme oder Modification der in jener ausgesprochenen Regel. Durch künstliche Erklärung der L. 36. cit. sucht dagegen wieder zu helfen Wetzell, Diss. „Lex. XII. tabb. rerum furtivarum usucapionem prohibet." Monachii 1840. pag. 64...68. und in andrer Weise Hermann in Linde's Ztschr. n. F. VII. S. 233., beide unbefriedigend. Vgl. jetzt noch Böcking Inst. §. 153. a. E. und Dernburg im civ. Arch. XL. 1.

5 Ein solcher Vorbehalt ist das sog. pactum reservati dominii, besonders beim Verkauf üblich. Vgl. Dunker im Rh. Mus. V. 4. Vang. §. 311. Anm. 2. Schmid §. 8. not. 77.

§. 146.

2) Durch richterlichen Zuspruch.

In den drei sog. Theilungsprocessen (§. 97. Anm. 5. §. 99. not. a.) kann der Richter nach Umständen einer Partei das Allein-

eigenthum der bisher gemeinschaftlichen Sache, beziehungsweise des streitigen Gränzstriches, oder eines reellen Theiles davon zusprechen, adiudicare [a]. Dies Eigenthum wird so unmittelbar durch den rechtskräftigen richterlichen Zuspruch erworben [b], vorausgesetzt, daß die streitenden Theile ausschließlich Eigenthümer der fraglichen Sache waren [c].

Anm. Marx de adiudicatione et de iudiciis divisoriis. Bonnae 1855. Ueber Adjudicatio im iudicium finium regundorum insbesondere: Hoffmann im civ. Arch. XXXV. 10. — Von der Adjudicatio i. e. S. ist zu unterscheiden: a) die Zuerkennung des Eigenthums im Eigenthumsstreite, wodurch nicht Eigenthum gegeben wird, sondern nur, quod adquisitum est, declaratur. cf. L. 8. §. 4. D. si serv. vind. 8. 5. b) Die Verurtheilung des Beklagten zur Verschaffung (Uebertragung) des Eigenthums (möglich auch im Eigenthumsstreite, wenn jener während desselben die Ersitzung vollendet hat, §. 163. Anm. 2.) zu deren Vollziehung der Richter, im Namen des ungehorsamen Beklagten (vgl. §. 145. not. c.), den Kläger in den Besitz der Sache setzt.

§. 147.

3) Durch Verwirkung des bisherigen Eigenthümers.

Aus gewissen Gründen verliert der Eigenthümer sein Eigenthum ohneweiters zu Gunsten einer bestimmten andern Person. So der Eigenthümer nicht verzollter Sachen (commissa) zu Gunsten des Zollberechtigten [a], ausgenommen, wenn die Versäumniß der Zollentrichtung durch Irrthum entschuldigt wird [b], oder der Eigenthümer ein Soldat ist [c], oder ein Unmündiger, für welchen binnen 30 Tagen der Zoll nachbezahlt wird [d]; durch den Ablauf von 5 Jahren verjährt dieser Anspruch [e]. So ferner der Miteigenthümer eines Hauses wegen versäumter Erstattung seines Antheils an nothwendig gewesenen Reparaturkosten zu Gunsten des Miteigenthümers, welcher dieselben aufgewendet hat [f]; sodann der Parens, welcher eine andere Ehe eingeht, zu Gunsten seiner Kinder aus früherer Ehe, rücksichtlich gewisser Sachen, an welchen ihm nur der Nießbrauch verbleibt [g].

[a] §. 4...6. J. de off. iud. 4. 17. L. 12. §. 2. L. 16. §. 1. L. 36. L. 44. §. 1. L 47. pr. L. 55. D. fam. erc. 10. 2. [b] §. 7. J. l. c. cf. Ulp. XIX. 16. L. 45. D. de pactis. 2. 14. [c] arg. L. 17. D. de usucap. 41. 3 L. 7. pr. D. de Publ. act. 6. 2.

[a] Dig. de publicanis et vectigalibus et commissis. 39. 4. Cod. de vectigalibus et commissis. 4. 61. [b] L. 16. §. 6. 10. D. l. c. [c] L. 3. Cod. l. c. [d] L. 7. §. 1. D. l. c. [e] L. 2. Cod. l. c. [f] §. 133. not. g. [g] nov. 22. cap. 23...26. 46. (§. 117. 118.)

§. 148.

4) Andere Fälle.

Andere Fälle abgeleiteten Eigenthumserwerbes kommen wegen ihres Zusammenhangs mit besondern Rechtsverhältnissen an andern Orten vor; so namentlich der Erwerb durch Erbfolge und Vermächtniß im fünften, der Erwerb durch missio in possessionem damni infecti nomine, sodann durch impetratio dominii wegen Pfandrechts, im dritten Buche (§. 328. 376.).

B. Ursprünglicher Erwerb.

1) Mit Rücksicht auf bisheriges Eigenthum des Erwerbers.

§. 149.

a) Erwerb der Erzeugnisse.

Das Eigenthum der Erzeugnisse einer Sache fällt der Regel nach, sobald sie durch Trennung von dieser als selbständige Sachen ins Daseyn treten, von selbst dem Eigenthümer der erzeugenden Sache zu, zu welcher sie bis dahin als Bestandtheile gehörten [a]. Dieser Erwerb kann jedoch durch ein besonderes Recht Anderer auf den Fruchterwerb ausgeschlossen werden (§. 156).

b) Erwerb durch Verbindung.

§. 150.

Durch Verbindung einer Sache mit einer andern Sache kann der Eigenthümer der letzten auch Eigenthum an der ersten erwerben, wenn die Verbindung von der Art ist, daß die verbundene Sache ihr bisheriges abgesondertes selbständiges Daseyn völlig verliert. Dieser Erwerb gestaltet sich verschieden, je nachdem die beiden verbundenen Sachen in gleichem Verhältniß zu einander stehen (Erwerb durch Vermischung) oder im Verhältniß von Haupt- und Nebensache (Erwerb durch nebensächliche oder accessorische Verbindung).

§. 151.

α) Durch Vermischung [1].

Wenn Sachen verschiedener Eigenthümer nach Uebereinkunft derselben vermischt werden, so erhalten diese Miteigenthum an dem

[a] §. 19. J. h. t. L. 2. 6. D. h. t. L 25. pr. §. 1. D. de usur. 22. 1. L. 5. § 2. D. de rei vind. 6. 1. (§. 55. not. b. c.).

dadurch entstandenen Ganzen, wofern nicht etwas anderes besonders bestimmt ist. Eine besondere Erwerbart ist darin nicht enthalten [a]. Wenn aber die Sachen ohne Uebereinkunft, es sey einseitig von dem Eigenthümer der einen Sache allein, oder von einem Dritten, oder durch bloßen Zufall mit einander vermischt [b] und nicht wieder von einander zu scheiden sind [c], so entsteht eben dadurch, auch ohne solche Absicht, Miteigenthum für die Eigenthümer der verbundnen Sachen, nach Verhältniß des Werthes derselben [d], es möchte denn eine Specification vorliegen, welche das Eigenthum des (durch Vermischung ungleichartiger Substanzen) entstandenen neuen Ganzen dem Specificanten gibt [e]. Sind jedoch die Sachen nur unter einander gemischt, ohne körperlich in einander überzugehen, z. B. Getreide, so bleibt eigentlich jedem Eigenthümer sein gesondertes Eigenthum, und nur theilweise tritt ein ähnlicher Erfolg wie in jenem Falle ein, sofern die Ausscheidung der jedem Eigenthümer gehörenden Sachen thatsächlich nicht zu bewirken ist [f]. Eine Ausnahme gilt für Geldstücke [g]; man erwirbt das Eigenthum derselben, sobald man sie mit seinem Gelde vermischt hat [2].

Anm. [1] Die Römer gebrauchten die Worte confusio und commixtio promiscue; die Neuern verstehen unter confusio, Vermischung im e. S., vorzugsweise die Vermischung flüssiger oder flüssig gemachter Sachen (not. b...e.), unter commixtio, Vermengung, die Vermischung trockener Körper (not. f. g.). Diese Unterscheidung ist eben so wenig sachlich als sprachlich genau. Vgl. Böcking Inst. §. 152. a. E.

[2] Dernburg in der Heidelb. krit. Ztschr. I. S. 158. „Nicht durch Commixtion direkt geht das Eigenthum am Geld unter, sondern dadurch, daß es durch die Commixtion (si mixti essent nummi, et discerni non possent) als Species consumirt wird." Vgl. Puchta Inst. II. §. 242. not. b. Böcking Inst. §. 155. not. 12. 13.

§. 152.

β) Durch nebensächliche Verbindung.

Eine solche (sog. Adjunctio) kann vorkommen: 1) als Verbindung einer beweglichen mit einer andern beweglichen Sache. Ist diese von der Art, daß die eine als bloßer Bestandtheil der andern

[a] §. 27. J. h. t. L. 7. §. 8. D. h. t. [b] §. 27. in f. J. h. t. L. 7. §. 9. D. h. t. [c] L. 5. §. 1. D. de rei vind. 6. 1. L. 12. §. 1. D. h. t. [d] L. 3. §. 2. L. 4. D. de rei vind. 6. 1. [e] L. 5. §. 1. cit. L. 27. §. 1. D. h. t. (§. 155.). [f] §. 28. J. h. t. L. 5. pr. cit. cf. L. 12. §. 1. L. 27. §. 2. D. h. t. [g] L. 78. D. de solut. 46. 3.

in dieser aufgeht (und dieses darf man annehmen, wenn sie von dieser nicht wieder oder doch nicht unversehrt getrennt werden kann), so fällt das Eigenthum der Nebensache unwiderruflich dem Eigenthümer der Hauptsache zu [a]; im andern Fall bewirkt die Verbindung nur eine Beschränkung in der Ausübung des Eigenthums, indem hier zuvor Trennung der verbundenen Sachen erwirkt werden muß (durch die actio ad exhibendum), um das Eigenthum an der Nebensache gegen den Eigenthümer der Hauptsache geltend zu machen [b]. Welche Sache aber als Haupt- oder Nebensache zu betrachten sey, das ist darnach zu beurtheilen, welche für sich ohne die andere bestehen kann [c], oder dem Ganzen am meisten gleichkommt, oder als diejenige erscheint, für welche die andere bestimmt ist [d], oder endlich, welche für sich von höherem Werthe ist [e]. 2) als Verbindung einer beweglichen mit einer unbeweglichen Sache. Hier erwirbt der Eigenthümer der letzten das Eigenthum der ersten, wenn diese durch die Verbindung ein Bestandtheil des Grundstücks wird. Dies aber ist der Fall bei einem durch den Fluß angeworfenen Stück Landes (avulsum), sobald es mit dem Grundstück verwachsen ist [f], bei Pflanzen, sobald sie in demselben Wurzel geschlagen haben [g] (plantatio), und bei dem Gebäude, welches auf demselben errichtet worden (inaedificatio), bei diesem jedoch nur als Ganzem, nicht rücksichtlich der einzelnen Materialien, aus denen es besteht, als einzelnen Sachen [h], deren Vindication indessen durch die Verbindung mit dem Gebäude, so lange sie besteht, gehemmt wird.

Anm. Die Bestimmungen des R. Rts. über diesen an sich schwierigen Gegenstand, worüber auch unter den römischen Juristen manche Meinungsverschiedenheiten bestanden haben, sind in mehrfacher Beziehung unbefriedigend. Vgl. Arndts in den krit. Jahrb. XII. S. 818...822. Unger über d. Entw. e. bürgerl. Ges. für Sachsen, Wien 1853. S. 164. fg. Man bemerke:

1) Es fehlt an einer genauen Bestimmung darüber, wann die eine Sache durch die Verbindung ihre Selbständigkeit völlig verliere? Nur eine Andeutung

[a] §. 33. 34. J. h. t. L. 9. §. 1. 2. D. h. t. L. 23. §. 2...5. D. de rei vind. 6. 1. [b] L. 23. §. 5. cit. cf. L. 27. pr. D. h. t. L. 30 §. 1. in f. D. de usucap. 41. 3. L. 6. 7. D. ad exhib. 10. 4. [c] L. 23. §. 3. cit. §. 33. J. h. t. cf. §. 34. J. eod. [d] L. 26. §. 1. D. h. t. §. 26. J. h. t. L. 61. D. de rei vind. 6. 1. L. 19. §. 13...16. L. 20. D. de auro leg. 34. 2. [e] L. 27. §. 2. D. h. t. [f] L. 7. §. 2. D. h. t. §. 21. J. h. t. [g] §. 31. 32. J. h. t. L. 7. §. 13. L. 9. pr. L. 26. §. 2. D. h. t. L. 2. 11. Cod. de rei vind. 3. 32. cf. L. 5. § 3. D. eod. 6. 1. (§. 50. not. c.). — L. 8. D. h. t. L. 83. D. pro socio. 17. 2. L. 19. pr. C. comm. div. 10. 3. (§. 53. Anm. 4.). [h] §. 29. 30. J. h. t. L. 7. §. 10...12. L. 28. cf. L. 60. D. h. t. L. 16. Cod. de rei vind. 3. 32. (§. 50. not. d.). — L. 23. §. 7. D. de rei vind. 6. 1. L. 7. §. 2. D. de except. rei iud. 44. 2.

gibt L. 23. §. 3. D. 6. 1. in den Worten: necesse est ei rei cedi, quod sine illa esse non potest; eine andere speciellere L. 23. §. 5. eod.: Item quaecunque aliis iuncta sive adiecta accessionis loco cedunt, ea quamdiu cohaerent, dominus vindicare non potest; sed ad exhibendum agere potest, ut separentur et tunc vindicentur, excepto eo, quod Cassius de ferruminatione scribit. Dicit enim, si statuae suae ferruminatione iunctum brachium sit, unitate maioris partis consumi, et quod semel alienum factum sit, etiamsi inde abruptum sit, redire ad priorem dominum non posse. Non idem in eo, quod adplumbatum sit, quia ferruminatio per eandem materiam facit confusionem, plumbatura non idem efficit. Vgl. Schmid §. 10. not. 104.

2) Ungleich sind die Aussprüche der Quellen darüber, ob dann, wenn die Verbindung das Eigenthum nicht unwiderruflich entzieht, doch einstweilen dasselbe ausgeschlossen sey, der Eigenthümer der Hauptsache also das, obwohl auflösbare, Eigenthum der verbundenen Sache habe, oder ob auch inzwischen der Eigenthümer der letzten sein Eigenthum behalte und nur in der Vindication beschränkt sey? Vgl. L. 23. §. 5. cit. Ea, quamdiu cohaerent, *dominus* vindicare non potest. L. 7. §. 10. D. h. t. (Gai.). Nec tamen ideo is, qui materiae dominus fuit, desiit eius dominus esse, sed tantisper neque vindicare potest, etc. Dagegen L. 2. Cod. cit. (not. g.) Si vero fuerit dissolutum *(aedificium)*, eius materia *ad pristinum dominum redit.* L. 59. D. de rei vind. (Julian). Simulatque inde demta essent, continuo in pristinam causam reverti. L. 23. cit. §. 7. (Paul.) Caementa autem resoluta *prior dominus* vindicabit. Theophil. ad §. 29. J. h. t. *Ἐκείνου δῆλον ὄντος, ὅτι ὁ τῆς ὕλης δεσπότης οὐκ ἐκπίπτει τῆς δεσποτείας εἰς τὸ διηνεκές, ἀλλ' ἐφ' ὅσον ἕστηκε τὸ οἰκοδόμημα, οὔτε τὴν* in rem *κινεῖν... δύναται.* Indessen ist diese Differenz sachlich unbedeutend; gewiß ist, daß der Eigenthümer der Hauptsache in und mit dieser einstweilen auch die verbundenen Sachen als deren Bestandtheile vindiciren kann, das Sondereigenthum an diesen also höchstens als sog. dominium dormiens besteht. Vgl. auch L. 21. §. 4. D. de furt. 47. 2. Sed si ansam in poculo suam putavit vel vere fuit, totius poculi eum furtum facere Pomp. scribit.

3) Ungenügend und inconsequent sind die Entscheidungen darüber, welche von mehreren beweglichen Sachen als Haupt- oder Nebensache zu betrachten sey? Allgemeine Andeutungen geben L. 26. §. 1. h. t. „in quibus propria qualitas rei spectaretur (Flor. *qual. exspectaretur*), si quid additum erit, toto cedit, ut statuae pes etc." L. 19. §. 13. cit. (not. d.) „ei enim cedit, cuius maior est species. Semper enim cum quaerimus, quid cui cedat, illud spectamus, quid cuius rei ornandae causa adhibetur, ut accessio cedat principali. Cedent igitur gemmae phialis" etc. Bei einem Schiff insbesondere wird der Kiel als die Hauptsache bezeichnet. L. 61. D. h. t. Sodann wird als unzweifelhaft angenommen, daß die Schrift dem Papier folge (licet aureae litterae sint). Ideoque si in chartis membranisve tuis carmen vel historiam vel orationem scripsero, huius corporis (Hal. *operis*) non ego sed tu dominus esse intelligeris. L. 9. §. 1. D. h. t. Dasselbe behauptet Paulus mit andern vom Gemälde im Verhältniß zur Tafel; denn

necesse est, ei rei cedi (Hal. *cedere id*), quod sine illa esse non potest. L. 23. §. 3. cit. Aber quidam contra senserunt (§. 3. cit.), ex diverso placuit (wahrscheinlich den Sabinianern), tabulas picturae cedere. L. 9. §. 2. D. h. t. (Gai.). Und diese Meinung ist von Justinian gebilligt: *nobis* videtur melius esse, tabulam picturae cedere; ridiculum est enim, picturam Apellis vel Parrhasii in accessionem vilissimae tabulae cedere. §. 34. J. h. t. Wenn Puchta §. 164. Inst. II. §. 242. not. g. das letzte allein für das an sich Richtige erklärt, die Entscheidung in Betreff der Schrift als sachwidrig tadelt, indem er als Regel aufstellt: „Hauptsache ist, für welche die andere bestimmt und um deren willen sie vorhanden ist," so mag man dies der Natur der Sache entsprechend finden; aber der römische Jurist behandelt gerade die gebilligte Entscheidung über Gemälde als eine eigentlich inconsequente Ausnahme; cuius diversitatis vix idonea ratio redditur. Gai. II. 78. vgl. Anm. 4. c. Vgl. übrigens Böcking Inst. §. 152. not. 44. fg. — Neuere Erfindungen betreffend wird von Mabai im civ. Arch. XXVI. 8. Nr. II. ausgeführt, daß beim Daguerreotypbilde die Silberplatte die Hauptsache sey; Photographien aber und andre graphische Darstellungen wären wohl nach Analogie der Gemälde, Schriftdruck nach Analogie der Schrift zu beurtheilen. Böcking §. 152. not. 57. Sachgemäßer jedoch wäre es gewiß, in allen diesen Fällen den Gesichtspunkt der Specification (Fabrication, Production, §. 155.) vorwalten zu lassen. Arndts in d. krit. Jahrb. XIII. S. 819. fg. Dankwardt, Nationalökonomie und Jurisprudenz I. S. 35. fg.

4) Der Eigenthümer der Hauptsache macht durch den Zuwachs der Nebensache auf Kosten ihres Eigenthümers einen Gewinn; es ist billig, daß diesem dafür Entschädigung werde. Diese kann er,

a) und zwar in vollem Maße, durch die gewöhnlichen Rechtsmittel erlangen, wenn ihm durch unerlaubte Handlung die Nebensache entzogen ist, z. B. durch die Diebstahlsklagen, wenn sie entwendet ist, durch die actio ad exhibendum gegen denjenigen, welcher dolo malo die Verbindung vorgenommen hat. Eben so durch Contractsklage, wenn die Verbindung vertragsmäßig geschehen ist. Er kann sie

b) unter dem Gesichtspunkt des Ersatzes für nützliche oder nothwendige Verwendungen, durch doli exceptio gegen die rei vindicatio sich verschaffen, wenn er sich im Besitze befindet (§. 102. a. E.).

c) Ist der Gegner im Besitze, so wird ihm in subsidium eine actio in factum gegeben, L. 23. cit. §. 5., jedoch nach strenger Ansicht des R. Rts. nur, wenn die Verbindung nicht von ihm selbst herrührt. L. 33. D. de cond. indeb. 12. 6. L. 14. D. de doli except. 44. 4.

d) Beim Gemälde wird dem bisherigen Eigenthümer der Tafel utilis rei vindicatio gegen den im Besitz befindlichen Maler gegeben; dieser kann jedoch wenn er bona fide war, doli exceptio entgegensetzen, falls jener nicht den Werth der Malerei ersetzen will, und kann jene Klage jedenfalls ausschließen, wenn er nur den Werth der Tafel ersetzt, wie er unter gleicher Bedingung als Nichtbesitzer selbst directam rei vindicationem anstellen kann. L. 9. §. 2. h. t. §. 34. J. h. t. Manche kehren die Sache um, Schmid not. 99 . . . 102., und

führen dadurch das ridiculum, das Justinian von sich stößt, durch die Hinterthür wieder ein. Jene utilis vindicatio soll nur dazu dienen, dem Eigenthümer jedenfalls wenigstens den vollen Werth der Tafel zu verschaffen. Vgl. Ihering in d. Jahrb. f. Dogm. I. S. 138. fg.

e) Eine utilis in rem actio gewährten einige Juristen auch dem Eigenthümer des in ein fremdes Grundstück verpflanzten Baumes, L. 5. §. 3. D. de rei vind. 6. 1. „Varus et Nerva utilem in rem actionem dabant", während anderwärts für diesen Fall die Vindication verneint wird. L. 9. §. 2. de damno inf. 39. 2. Vgl. Schmid not. 87. Ihring a. a. O. S. 141. fg.

f) Einer besondern Entschädigungsklage bedarf es nicht, wenn noch Trennung der verbundenen Sache gefordert werden kann (not. b.). Aber bei verbauten, desgleichen bei in Weinbergen verwendeten, Materialien (tignum iunctum aedibus vineave) findet nach den XII. tabb. die Klage auf Trennung (ad exhibendum actio) nicht statt, obgleich deren Eigenthum nicht unwiderruflich entzogen ist; der Eigenthümer kann nur die ohnedies wieder getrennten Sachen vindiciren (not. h.), nicht aber die Trennung selbst erwirken. Statt dessen ist ihm eine eigene Klage auf doppelten Ersatz des Werthes derselben gegeben (actio de tigno iuncto. §. 130. a. E.), dessen Erlangung aber, wenn der Gegner mala fide die Verbindung vorgenommen hatte, die Vindication nach der Trennung nicht ausschließt. L. 1. 2. D. de tigno iuncto. 47. 3. L. 98. in f. D. de solut. 46. 3. §. 29. J. h. t. Ueber die streitigen Voraussetzungen und Wirkungen dieser Klage vgl. Huschke. ad leg. XII. tabb. de tigno iuncto comment. Vratislaviae 1837. Puchta in Linde's Ztschr. XI. 10. (kl. Schr. Nr. 24.) Vang. §. 300. Schmid §. 10. S. 173. fg.

g) Der Anspruch auf Ersatz wie die sonst künftig noch mögliche Geltendmachung des Eigenthums fällt weg, wenn die Verbindung donandi animo geschehen ist. L. 2. Cod. de rei vind. 3. 32. Nach andern Stellen scheint dies überhaupt bei wissentlichem Bauen auf fremdem Boden als Regel angenommen zu werden. L. 7. §. 12. D. h. t. §. 30. J. h. t. Schmid not. 67. 68.

h) Bei dem avulsum (not. f.) ist von Entschädigung des Verlierenden keine Rede; dieser hätte den Verlust durch zeitige Rückforderung abwenden können. Schmid not. 12...18.

§. 153.

c) Zuwachs der Grundstücke durch Aenderung des Flußbetts.

Das Eigenthum der durch einen öffentlichen Fluß begränzten Grundstücke kann eine Erweiterung erhalten durch Aenderung des Flußbetts, welches als natürliche Fortsetzung jener betrachtet wird, die nur zur Zeit durch den Fluß als res publica ihnen entzogen ist. Verläßt dieser sein Bette ganz (alveus relictus), oder erhebt sich dieses theilweise über die Wasserfläche (insula in flumine nata, nicht eine bloß schwimmende Insel), so fällt das Eigenthum daran von selbst den Ufereigenthümern zu, entsprechend der

Flußgränze der einzelnen Grundstücke, und unter den Eigenthümern beider Ufer getheilt durch die Mittellinie des Flusses [a]. Tritt dieser nur von einem Ufer weiter zurück, so rücken die Grundstücke dieses Ufers um so viel weiter vor, so wie sie auch durch allmählige Anschwemmung (alluvio) erweitert werden [b]. Die entstandene Insel hat in diesen Beziehungen nach beiden Seiten hin dasselbe Recht, wie jedes andere vom Fluß begränzte Grundstück [c], und kann durch Anschwemmung an allen Gränzen erweitert werden [d].

Anm. [1] L. 7. §. 3. D. h. t. Insula ... in flumine nata, quod frequenter accidit, si quidem mediam partem fluminis tenet, communis est eorum, qui ab utraque parte fluminis prope ripam praedia possident, pro modo latitudinis cuiusque praedii, quae latitudo prope ripam est; quodsi alteri parti proximior sit, eorum est tantum, qui ab ea parte prope ripam praedia possident. Der letzte Satz ist von dem Fall zu verstehen, wenn die ganze Insel mit allen ihren Theilen dem einen Ufer näher liegt, arg. Gai. II. 72. „si vero non sit in medio flumine" etc. Vgl. übrigens L. 29. h. t. „. . . insula . . . non pro indiviso communis fit, sed pro regionibus quoque divisis." (§. 53.) Böcking Inst. §. 152. not. 28...31.

[2] L. 7. §. 5. in f. D. h. t. Cuius tamen totum agrum novus alveus occupaverit, licet ad priorem alveum reversum fuerit flumen, non tamen is, cuius is ager fuerat, stricta ratione quidquam in eo alveo habere potest, quia et ille ager, qui fuerat, desiit esse amissa propria forma, et quia vicinum praedium nullum habet, non potest ratione vicinitatis ullam partem in eo alveo habere; sed vix est, ut id obtineat (factisch oder rechtlich?). Schmid. §. 10. not. 40.

[3] L. 65. §. 4. D. h. t. Labeo libro eodem: si id, quod in publico innatum aut aedificatum est, publicum est, insula quoque, quae in flumine publico nata est, publica esse debet. Ist zu verbessern: *non, si id etc.?* Vang. §. 328. Anm. 1. Puchta Vorles. §. 165. Schmid not. 22. Vielleicht wollte Labeo durch seine Bemerkung nur die Behauptung abweisen, daß das in einem öffentlichen Flusse künstlich Erbaute nothwendig res publica sey, vgl. L. 14. 15. 34. §. 4. D. h. t. Dig. de flum. 43. 12., ne quid in flum. publ. 43. 13.

[4] Unpraktische Sätze enthalten L. 16. D. h. t. In agris limitatis alluvionem locum non habere constat; L. 1. §. 6. 7. D. de flum. Si insula in flumine publico fuerit nata . . . . aut occupantis est, si limitati agri fuerunt. — Si limitatus est ager, occupantis alveus fiet. Vgl. Rudorff gromat. Institutionen, in den Schriften der röm. Feldmesser II. S. 452. Doch hat man diesen Stellen noch eine praktische Deutung zu geben versucht, indem

[a] §. 22...24. J. h. t. J. 7. §. 3...6. D. h. t. L. 29. 30. pr. §. 1. 2. L. 65. §. 1.. 3. eod. L. 1. §. 6. 7. D. de flum. 43. 12. [b] §. 20. J. h. t. L. 7. §. 1. cf. L. 12. pr. L. 30. §. 1. in f. §. 3. D. h. t. [c] L. 56. §. 1. L. 65. §. 3. D. h. t. [d] L. 7. §. 1. L. 56. pr. D. h. t.

man sie auf Grundstücke, die durch künstliche Einzäunung vom Flusse getrennt sind, also nicht unmittelbar an diesen gränzen, bezog. Seuffert's Arch. X. 228.

2) Unabhängig von bisherigem Eigenthum des Erwerbers.

§. 154.

a) Besitzergreifung herrnloser Sachen.

Das Eigenthum einer zwar eigenthumsfähigen, aber zur Zeit herrnlosen Sache wird durch Erwerb ihres Besitzes erworben: res nullius cedit occupanti [a]. Als herrnlose Sachen aber gelten unter andern [b]: 1) wilde Thiere [1], die sich in ihrer natürlichen Freiheit erhalten oder dieselbe wieder erlangt haben [c]; 2) Sachen, die sich in der Gewalt der Feinde befinden [d], in welcher Beziehung jedoch das heutige Recht vom römischen wesentlich abweicht [2]; 3) vom Eigenthümer preisgegebene Sachen [e], res derelictae [3].

Als herrnlose Sache wird auch der Schatz betrachtet, d. i. ein seit längerer Zeit verborgener Gegenstand von Werth, als dessen Eigenthümer Niemand mehr sich auszuweisen vermag [4]. Allein darüber gelten folgende besondere Bestimmungen [f]: Der in eigenem oder herrnlosem Boden gefundene Schatz gehört ganz dem Finder; ist er auf fremdem Grundstück gefunden, so gehört er halb dem Finder, halb dem Eigenthümer des Grundstücks [5]; wenn aber absichtlich ohne Erlaubniß des Eigenthümers oder auch in dessen Auftrag darnach gesucht wurde, ganz dem letzten; und wenn er in eigenem oder herrnlosem Boden unter Anwendung böser Künste oder anderer unerlaubter Mittel gefunden wurde, so fällt er ganz dem Fiscus zu [6].

Anm. [1] Ueber das Verhältniß der betreffenden Bestimmungen des R. Rts zum heutigen Jagdrecht: Puchta Vorles. §. 154. Schmid Hdb. §. 7. not. 5...37. Holzschuher II. 1. S. 130. fg.

[2] Ueber die heutigen völkerrechtlichen Bestimmungen: Schmid §. 7. not. 67...88.

[3] Verschieden von derelinquirten sind verlorene Sachen, L. 43. §. 7. 8. D. 47. 2. (Walther, über den Fundbiebstahl, vgl. Delbrück in d. Jahrb. f. Dogm. III. 1., München 1848.), ferner zur Rettung auf der See ausgeworfene Sachen, L. 9. §. 8. D. h. t. Ueber das sog. Strandrecht vgl. Auth. Frid. *Navigia* ad L. 18.

[a] L. 3. pr. D. h. t. [b] §. 18. J. h. t. L. 7. §. 3. D. h. t. L. 1. §. 1. D. de poss. 41. 2. [c] §. 12...16. J. h. t. L. 1. §. 1 . . . L. 5. L. 55. D. h. t. cf. L. 44. eod. [d] §. 17. J. h. t. L. 5. §. 7. L. 51. §. 1. D. h. t. (§. 127. not. b.) [e] §. 47. 48. J. h. t. L. 9. §. 8. D. h. t. Dig. pro derelicto. 41. 7. cf. L. 43. §. 4...11. D. de furtis. 47. 2. [f] §. 39. J. h. t. L. 31. §. 1. L. 63. D. h. t. L. un. Cod. de thesauris. 10. 15. cf. L. 3. §. 10. 11. D. de iure fisci. 49. 14. Theod. Cod. 10. 18.

Cod. de furtis. 6. 2. Schmid not. 47...49. — Eine besondere Bestimmung enthält das R. R. in Ansehung steuerpflichtiger Grundstücke, welche der Eigenthümer wüst liegen läßt. Sie sollen demjenigen zufallen, der sie anbaut und nicht binnen zwei Jahren von jenem wegen der gemachten Verwendungen und Ausgaben entschädigt wird. L. 8. Cod. de omni agro deserto. 11. 58. Sowohl über den Sinn dieser Vorschrift als deren heutige Anwendbarkeit sind die Meinungen verschieden. Schmid not. 50. Böcking Inst. §. 150. not. 30. §. 154. a. E.

4 L. 3. §. 1. D. h. t. Thesaurus est vetus quaedam depositio pecuniae, cuius non extat memoria, ut iam dominum non habeat; sic enim fit eius, qui invenerit, quod non alterius sit. Alioquin si quis aliquid vel lucri causa vel metus vel custodiae condiderit sub terra, non est thesaurus; cuius etiam fit furtum. cf. L. 44. pr. D. de poss. 41. 2. Hiernach stellt man den Erwerb des Schatzes unter den Gesichtspunkt der Occupation einer herrnlosen Sache; vgl. aber dagegen Dernburg in der Heidelb. krit. Ztschr. I. S. 148.

5 Streitig ist, ob der Fiscus auf den in loco sacro oder religioso, gleichwie als Eigenthümer auf den in loco publico gefundenen Schatz Anspruch habe? L. 3. §. 10. D. 49. 14. Si in locis fiscalibus vel publicis religiosisve aut in monumentis thesauri reperti fuerint, Divi fratres constituerunt, ut dimidia pars ex his fisco vindicaretur. Dagegen §. 39. J. h. t. Thesauros . . . Hadrianus . . . ei concessit, qui invenerit; idemque statuit, si quis in sacro aut religioso loco fortuito casu invenerit. Die letzte Stelle ist vorzuziehen, arg. L. un. Cod. h. t. Schmid not. 56., oder doch nur in Ansehung des locus religiosus Hadrians Bestimmung durch die Constitution der divi fratres für derogirt zu halten. K. Sell dingl. Rechte S. 89. Böcking Inst. §. 150. a. E.

6 Streitig: ob der Grundeigenthümer, beziehungsweise der Fiscus, das Eigenthum an dem Schatze, zur Hälfte oder ganz, ipso iure erwerbe, oder der Finder nur zur Restitution verpflichtet sey? Nach dem Gesichtspunkt der Occupation würde das letzte anzunehmen seyn, und dafür scheint zu sprechen L. un. Cod. h. t. „hoc locorum domino reddere compellatur" . . . „cum locorum domino partiatur;" Puchta §. 154. not. c. Seuffert §. 130. not. 4. Böcking Inst. §. 150. not. 35.; dagegen aber spricht nicht nur die Ausdrucksweise in §. 39. J. h. t. „dimidium inventori, dimidium domino soli concessit. Et convenienter, si quis in Caesaris loco invenit, dimidium inventoris, dimidium Caesaris esse statuit. Cui conveniens est, si quis in fiscali loco vel publico vel civitatis invenerit, dimidium ipsius esse, dimidium fisci vel civitatis," womit die angeführten Worte der L. un. cit. nicht im Widerspruch stehen, sondern auch, und zwar ganz entscheidend, L. 63. D. h. t., welche die Wirkungen des Findens durch einen Sklaven in einer mit der ersten Ansicht unvereinbaren Weise beurtheilt, und ganz in gleicher Weise de parte, quae soli domino und quae inventori cedit, spricht. Vgl. auch L. 3. §. 10. D. de iure fisci. 49. 14. „dimidiam partem fisco vindicari", welcher Ausdruck keineswegs auf ein blos gegen den Finder zustehendes Forderungsrecht, das dieser durch Veräußerung vereiteln könnte, zu deuten ist. Brinz

I. S. 193. Schmid not. 66. Vgl. Seuffert's Arch. XI. 15. — Ob mit und nach demselben Satze auch von Hebung eines Schatzes in beweglichen Sachen die Rede seyn könne? W. Sell Versuche I. 3. K. Sell dingl. Rechte S. 90. „Warum Böcking (Inst. §. 150. not. 31.) diese Frage wegen L. 44. pr. D. de acquir. v. amitt. poss. und besonders wegen L. 67. D. de rei vind. 6. 1., die uns eher das Gegentheil zu sagen scheint, verneint, sehen wir nicht ein." Brinz I. S. 193.

§. 155.

b) Neugestaltung einer Sache.

Wer eine neue Sache, obwohl ganz oder zum Theil aus fremdem Stoff, verfertigt, erwirbt eben dadurch, d. i. durch sog. Specification, wenn er des Willens ist, das Eigenthum der neugebildeten Sache [a]. Dieser Erwerb ist unter dem Gesichtspunkt aufzufassen, daß die Sache in ihrer veränderten Gestalt eben eine neue Sache sey [b], welche der Thätigkeit des Verfertigers ihre Entstehung verdankt[1]. Aber nur dann [c] wird die Sache als eine wirklich neu hervorgebrachte betrachtet und daher dem Verfertiger zugesprochen, wenn sich die frühere Gestalt derselben nicht wieder herstellen läßt[2]. Auch erwirbt dieser nicht, wenn er mit rechtswidrigem Willen wissentlich eine fremde Sache in solcher Weise neugestaltet hat[3], und in jedem Falle muß der Erwerber wenigstens wegen der ihm grundlos gewordenen Bereicherung den Eigenthümer des Stoffes entschädigen[4].

Anm. [1] L. 7. §. 7. D. h. t. Cum quis ex aliena materia speciem aliquam suo nomine fecerit, Nerva et Proculus putant, hunc dominum esse, qui fecerit, quia, quod factum est, antea nullius fuerat. Nicht der Gesichtspunkt allein, daß die neue Sache als herrnlose dem Occupanten gehört, ist entscheidend, sondern der, daß der Verfertiger sie als neue Sache hervorgebracht hat: arg. §. 25. J. h. t. „Quodsi partim ex sua materia, partim ex aliena speciem aliquam fecerit quis . . . dubitandum non est, hoc casu eum esse dominum, qui fecerit, *quum non solum operam suam dedit*, sed et partem eius materiae praestavit. Scheurl Beitr. I. S. 283. fg. Dernburg in der Heidelb. krit. Ztschr. I. S. 146. fg. 295. (gegen die auch in der ersten Aufl. dieses Lehrbuchs angenommene jetzt herrschende Theorie). Ist die neue Sache durch zufällige Mischung entstanden, so wird die Sache keineswegs als herrnlose jedem Occupanten erworben (§. 151.), und dieses kann auch dann nicht angenommen werden, wenn der Verfertiger nicht für sich oder einen Andern hat erwerben wollen. Schmid §. 11. not. 6. 7.

[a] §. 25. J. h. t. L. 7. §. 7. L. 24 . . . 26. pr. L. 27. §. 1. D. h. t. [b] L. 7. §. 7. cit. cf. L. 9. §. 3. D. ad exhib. 10. 4. [c] §. 25. J. cit. L. 24. D. cit.

[2] Diese Meinung hat, übereinstimmend mit Paulus (L. 24. D. h. t.), Justinian adoptirt, §. 25. J. h. t., während die Proculianer darauf kein entscheidendes Gewicht legten, die Sabinianer aber immer dem Eigenthümer des Stoffes auch das Eigenthum der neu gebildeten Species zuschrieben. L. 7. §. 7. cit. Gai. II. 79. — Puchta §. 154. not. g. setzt noch den Fall hinzu, wenn der Stoff „gegen die Form in einem ganz untergeordneten Verhältniß steht;" und Scheurl a. a. O. sagt: Die Richtigkeit jener media sententia „möchte zu bestreiten seyn, wo die Kunsterzeugung sich dem Begriffe der Schöpfung nähert, indem die Bedeutung der geistigen Thätigkeit des Erzeugers eine so überwiegende ist der Bedeutung des Stoffs gegenüber, daß dieser ganz zurücktritt und also vom Recht ignorirt werden sollte." Der Natur der Sache ist dies angemessen (Arndts in d. krit. Jahrb. XIII. S. 821.), und man möchte wohl mit Dankwardt (Nationalökonomie und Jurisprudenz I. S. 28. fg.) noch weiter über das R. R. hinausgehen; aber kann der gemeinrechtliche Jurist diesem zustimmen, wenn er S. 39. sagt: „Nach unsrer Ansicht kümmert uns der Wille Justinian's überall nicht"? — Eine Ausnahme von der Regel nehmen Manche an, wenn der Verfertiger die neue Sache theils aus eigenem, theils aus fremdem Stoff gebildet hat, arg. §. 25. in f. J. l. c. (Anm. 1.), aber ohne Noth (zumal da die dort angeführten Beispiele alle unter die Regel fallen) und im Widerspruch mit L. 5. §. 1. D. de rei vind. 6. 1. L. 12. §. 1. D. h. t. Vang. §. 310. Puchta §. 163. not. b. Schmid not. 11. — Keine Specification ist das bloße Färben eines Stoffs, L. 26. §. 3. D. h. t., desgleichen das Ausdreschen oder Aushülsen von Früchten, „quum enim grana, quae spicis continentur, perfectam habeant suam speciem, qui excussit spicas, non novam speciem facit, sed eam, quae est, detegit"; L. 7. §. 7. D. h. t., wodurch der unvollständige §. 26. J. h. t. berichtigt wird.

[3] Dies früher die herrschende Meinung, arg.: a) L. 12. §. 3. D. ad exhib. 10. 4. (Paul.) Si quis ex uvis meis mustum fecerit, vel ex olivis oleum, vel ex lana vestimenta, quum sciret haec aliena esse, utriusque nomine ad exhibendum actione tenebitur, quia quod ex re nostra fit nostrum esse verius est. b) L. 4. §. 20. D. de usucap. 41. 3. (Paul.) Si ex lana furtiva vestimentum feceris, verius est, ut substantiam spectemus, et ideo vestis furtiva erit. c) L. 52. §. 14. D. de furt. 47. 2. (Ulp.) Si quis massam meam argenteam surripuerit et pocula fecerit, possum vel poculorum vel massae furti agere vel condictione. Idem est et in uvis et in musto et in vinaceis; nam et uvarum et musti et vinaceorum furti agere potest, sed et condici; cf. L. 13. 14. §. 3. D. de cond. furt. 13. 1.; welche Stellen, weil sie auch in Betreff der neuen Species dem frühern Eigenthümer die Condictio geben, nicht durch Bezugnahme auf L. 10. §. 2. D. l. c. beseitigt werden (§. 323.). Nicht entgegen steht L. 29. §. 1. D. de don. int. v. et u. 24. 1. vgl. L. 45. D. de usur. 22. 1. (§. 415.) Scheurl und Dernburg a. a. O. vgl. auch Sell S. 101. fg. Jedoch Viele andrer Meinung mit Vang. §. 310. Schmid §. 11. S. 172. fg. Vgl. Böcking Inst. §. 154. not. 15...22. — Uebrigens hindert bei der Mischung eigenen und fremden Stoffes die mala fides bezüglich des letzten den Eigenthumserwerb des Specificanten nicht.

4 Arg. L. 23. §. 4. 9. D. de rei vind. 6. 1. L. 23. D. de reb. cred. 12. 1. (§. 342.) Gai. II. 79. in f. Vang. §. 310. a. E. Andrer Meinung freilich wiederum Dernburg a. a. O.

§. 156.

c) Erwerb der Früchte einer fremden Sache.

Vermöge besondern Rechts erwerben gewisse Personen das Eigenthum an den Früchten, nicht an allen Erzeugnissen [a], einer fremden Sache, und zwar durch deren Einnahme der Nutznießer [1], sofort aber durch die Trennung von der Hauptsache der Emphyteuta [2] und der Besitzer in gutem Glauben. Der Erwerb des letzten ist dadurch bedingt, daß er den Besitz der Hauptsache rechtmäßig und in gutem Glauben erworben habe, sollte auch die Ersitzung aus anderm Grunde (§. 162) ausgeschlossen seyn, sodann daß er auch zur Zeit der Trennung noch in gutem Glauben besitze. Er muß aber nichtsdestoweniger, wenn wegen der Hauptsache die Eigenthumsklage gegen ihn angestellt wird, mit jener zugleich auch die gewonnenen Früchte, so weit er sie noch hat (fructus non consumtos), herausgeben [3].

Anm. 1 L. 13. D. quib. mod. ususfr. am. 7. 4. . . . Julianus ait, fructuarii fructus tunc fieri, quum eos perceperit, bonae fidei autem possessoris mox quum a solo separati sunt. Vgl. L. 25. §. 1. D. de usur. 22. 1. Jedoch: L. 28. §. 1. eod. In pecudum fructu etiam foetus est, sicut lac et pilus et lana. Itaque agni et hoedi et vituli statim pleno iure sunt bonae fidei possessoris et fructuarii. — §. 36 . . . 38. J. h. t. Mit Unrecht wird dieser Erwerb als vom Eigenthümer abgeleiteter aufgefaßt, „der Tradition vergleichbar" (Puchta §. 150. vgl. Böcking Inst. §. 151. not. 8.), oder als „wahre Tradition" (Sav. Rt. des Besitzes S. 314.); vgl. dagegen Arndts in Linde's Ztschr. n. F. III. S. 388 . . . 392. Scheurl Beitr. I. S. 299. Brinz I. S. 196.

2 Nicht blos, wenn er im Besitz ist, und nicht weil er juristischen Besitz der Hauptsache hat. L. 25. §. 1. in f. D. de usur. 22. 1. Arndts a. a. O. S. 392 . . . 396. und im Rtslex. III. S. 859. fg. Scheurl und Brinz a. a. O.

3 L. 48. pr. D. h. t. Bonae fidei emtor non dubie percipiendo fructus etiam ex aliena re suos interim facit, non tantum eos, qui diligentia et opera eius pervenerunt (Vulg. *provenerunt*), sed omnes, quia quod ad fructus pertinet, loco domini paene est. Denique etiam priusquam percipiat, statim, ubi a solo separati sunt, bonae fidei emtoris fiunt. Nec interest, ea res, quam bona fide emi, longo tempore capi possit, nec ne, veluti si pupilli sit, aut vi possessa, aut praesidi contra

[a] L. 28. §. 1. D. de usuris 22. 1. L. 68. D. de usufr. 7. 1. — L. 12. pr. eod. L. 7. §. 12. D. de soluto matr. 24. 3.

legem repetundarum donata ab eoque abalienata sit bonae fidei emtori. — §. 35. J. h. t. Si quis a non domino, quem dominum esse crediderit, bona fide fundum emerit vel ex donatione aliave qualibet iusta causa aeque bona fide acceperit, naturali ratione placuit, fructus, quos percepit, eius esse pro cultura et cura; et ideo si postea dominus supervenerit et fundum vindicet, de fructibus ab eo consumtis agere non potest. Ei vero, qui alienum fundum sciens possederit, non idem concessum est; itaque cum fundo etiam fructus, licet consumti sint, cogitur restituere. — L. 25. §. 1. D. de usur. 22. 1. In alieno fundo, quem Titius bona fide mercatus fuerat, frumentum sevi; an Titius bonae fidei emtor perceptos fructus suos faciat? Respondi: quod ad fructus, qui ex fundo percipiuntur, intelligi debet propius ea accedere, quae servi operis suis acquirunt, quoniam in percipiendis fructibus magis corporis ius, ex quo percipiuntur, quam seminis, ex quo oriuntur, adspicitur, et ideo nemo unquam dubitavit, quin, si in meo fundo frumentum tuum severim, segetes et quod ex messibus collectum fuerit, meum fieret. Porro bonae fidei possessor in percipiendis fructibus id iuris habet, quod dominis praediorum tributum est. Praeterea quum ad fructuarium pertineant fructus a quolibet sati, quanto magis hoc in bonae fidei possessoribus recipiendum est, qui plus iuris in percipiendis fructibus habent? quum fructuarii quidem non fiant, antequam ab eo percipiantur, ad bonae fidei autem possessorem pertineant, quoquo modo a solo separati fuerint, sicut eius, qui vectigalem fundum habet, fructus fiunt, simul atque a solo separati sunt. — L. 4. §. 19. D. de usucap. 41. 3. Lana ovium furtivarum, si quidem apud furem detonsa est, usucapi non potest: si vero apud bonae fidei emtorem, contra, quoniam in fructu est, nec usucapi debet, sed statim emtoris fit. Idem in agnis dicendum (si consumti sint), quod verum est. — L. 48. §. 5. D. de furtis 47. 2. Ancilla si subripiatur praegnans vel apud furem concepit, partus furtivus est ... sed si concepit apud bonae fidei possessorem ibique pepererit, eveniet, ut partus furtivus non sit, verum etiam usucapi possit. Idem et in pecudibus servandum est et in foetu earum, quod in partu. §. 6. Ex furtivis equis nati statim ad bonae fidei emtorem pertinebunt, merito, quia in fructu numerantur; at partus ancillae non numeratur in fructu. — In dieser Lehre ist vieles streitig und zweifelhaft:

a) Einige legen dem bonae fidei possessor kein Eigenthum an den Früchten bei, sondern, bis zur Ersitzung, nur wieder bonae fidei possessio, nebst dem Vortheil, daß er die verzehrten Früchte nicht zu erstatten brauche; cf. L. 40. D. h. t. „fructus consumtos suos faciat," L. 4. §. 2. D. fin. reg. 10. 1. „lucrari eum oportet, si eos consumsit." Savigny R. des Besitzes S. 314 ... 319. Windscheid in Linde's Ztschr. n. F. IV. 3.

b) Andere machen in verschiedener Weise einen Unterschied zwischen fructus industriales und mere naturales. Donell. comment. IV. 25. Unterholzner im civ. Arch. VIII. 13. arg. L. 45. D. de usur. Fructus percipiendo uxor vel vir ex re donata suos facit, illos tamen, quos suis operis acquisierit,

veluti serendo; nam si pomum decerpserit vel ex silva ceciderit, non fit eius, sicuti nec cuiuslibet bonae fidei possessoris, quia non ex facto eius is fructus nascitur. Dagegen vgl. L. 48. pr. D. h. t.

c) Manche nehmen nur interimistischen Eigenthumserwerb an, in dem Sinn, daß durch die später eintretende mala fides des Besitzers, so wie durch Anstellung der Eigenthumsklage in Betreff der Hauptsache, das Eigenthum der bis dahin noch nicht verzehrten oder veräußerten Früchte ipso iure an den Eigenthümer der Hauptsache zurückfalle, von diesem daher auch durch selbständige rei vindicatio geltend gemacht werden könne. Marezoll in Linde's Zeitschrift XVIII. 7. S. 226. fg. Sint. §. 49. not. 31. Dagegen L. 22. D. de pign. act. 13. 7. „. . . praedo . . . ipse fructus suos non faciet; a praedone enim fructus et vindicari extantes possunt et consumti condici." L. 4. Cod. de crim. expil. hered. 9. 22. L. 3. Cod. de cond. ex lege. 4. 9.; nicht dafür L. 43. D. de evict. 21. 2. (Julian.), weil nicht jeder, der bona fide gekauft hat, auch zur Zeit der Trennung der Frucht noch b. f. possessor ist. Vgl. jedoch Brinz I. S. 197.: Dieser Ausweg „ist vielleicht im Sinne der Compilation, nicht aber in dem von Julian richtig (L. 25. §. 2. D. h. t.); hingegen bleibt noch übrig, daß die Kuh selbst nicht bona fide erworben, eine Stipulation ob evictionem aber daneben wohl möglich war." Sodann behaupten

d) Manche, das einstweilen noch widerrufliche oder interimistische Eigenthum werde durch Ersitzung in unwiderrufliches verwandelt, wornach denn auch die Restitution der noch vorhandenen Früchte wegfalle. Marezoll a. a. O. S. 213. fg. Dagegen L. 4. §. 19. L. 48. §. 6. cit.

e) Nach L. 25. §. 2. D. de usur. erforderte Julian nicht Fortdauer der bona fides bis zur Trennung der Frucht. Dagegen Paulus in L. 48. §. 1. D. h. t., an welche wir uns jedenfalls „für die heutige Anwendung, nachdem wir die strengen Ansichten des canonischen Rechts über die Bedeutung der conscientia rei alienae (§. 109.) in unser Rechtsbewußtseyn aufgenommen haben, folgerichtig halten müssen." Scheurl Beitr. I. S. 298.

f) Im Wesentlichen übereinstimmend mit dem Text dieses §. sind u. a. Backe: bonae fidei possessor quemadmodum fructus suos faciat. Berol. 1825. Vang. §. 326. Mühlenbruch §. 250. Puchta §. 166. Göschen §. 282. Schmid §. 9. Heimbach, von der Frucht, S. 211. fg. Böcking Inst. §. 151. Ueber den innern Grund aber dieses Erwerbes des redlichen Besitzers (§. 35. J. h. t. „eius esse pro cultura et cura") und dessen Zusammenhang mit den römischen Grundsätzen über den Erwerb durch einen in gutem Glauben besessenen fremden oder vermeintlichen Sclaven (cf. L. 25. §. 1. cit. §. 5. J. per quas. pers. nob. acquir. 2. 9. L. 19. 21. pr. 23. 39. 40. 43. pr. 54. §. 4. D. h. t.) vgl. vorzüglich Scheurl Beitr. I. S. 281. 287. fg. mit Dernburg in d. Heidelb. krit. Ztschr. I. S. 145. fg.

§. 157.

d) Ersitzung [1].

Um der Sicherheit des Eigenthums willen ist angenommen, daß, unter gewissen Voraussetzungen, der eine gewisse Zeit hindurch

fortgesetzte Eigenthumsbesitz das Eigenthumsrecht gewähre[2]. Im alten römischen Recht bestand eine solche Erwerbung des Eigenthums, usucapio, durch rechtmäßig und in gutem Glauben erworbenen Besitz von einem Jahr bei beweglichen, von zwei Jahren bei unbeweglichen Sachen, und zwar als civilrechtliche Erwerbart des quiritischen Eigenthums, also unanwendbar auf Sachen, welche dessen nicht fähig waren, namentlich auf Provinzialgrundstücke [a]. Neben dieser civilrechtlichen Usucapio kam späterhin eine Art von indirekter Ersitzung auf, durch rechtmäßig und in gutem Glauben erworbenen Besitz von zehn oder zwanzig Jahren (longi temporis possessio), wornach der Besitzer zunächst durch eine exceptio oder praescriptio longi temporis gegen die Eigenthumsklage geschützt ward [b], dann aber auch, wenn er nachher den Besitz verlor, als Kläger, wahrscheinlich mittels einer Replicatio, auf jenen langjährigen Besitz sich berufen und so den Erfolg des Eigenthumserwerbes gewinnen konnte [c]. Von der Usucapio, obwohl auf demselben Grundgedanken beruhend, wich diese Art der Ersitzung in den Voraussetzungen wie in der Wirkung mehrfach ab; sie fand insbesondere auch, ja vorzüglich, auf Provinzialgrundstücke Anwendung. Zu diesen beiden verwandten Instituten kam endlich als drittes die Verjährung der Eigenthumsklage durch dreißig- oder vierzigjährigen Besitz hinzu (§. 107), die sog. praescriptio longissimi temporis, als solche in einer Beziehung verwandt der longi temporis praescriptio, von der Usucapio wesentlich verschieden. Justinian änderte nun darin Folgendes: Er verband mit der longi temporis praescriptio, unter der Voraussetzung guten Glaubens des Besitzers, auch mit der sog. longissimi temporis praescriptio die Wirkung eines vollständigen direkten Eigenthumserwerbs[3], nachdem er zuvor schon den Unterschied zwischen quiritischem und nichtquiritischem Eigenthum beseitigt hatte [d]. Sodann [e] hob er die zweijährige Usucapio italischer Grundstücke auf und gestattete eine Ersitzung unbeweglicher Sachen überall nur mehr durch

[a] Gai. II. 40 ... 44. cf. II. 7. 21. Dig. de usurpationibus et usucapionibus. 41. 3. Cod. communia de usucapionibus. 7. 30. [b] Pauli sentt. V. 2. §. 3.. 5. L. 76. §. 1. D. de contrah. emt. 18. 1. Dig. de diversis temporalibus praescriptionibus. 44. 3. Cod. de praescriptione longi temporis decem vel viginti annorum. 7. 33. in quibus causis cessat longi temporis praescriptio. 7. 34. quibus non obiicitur longi temporis praescriptio. 7. 35. [c] L. 8. pr. in f. Cod. de praescript. 30 vel 40 ann. 7. 39. [d] L. 8. Cod. cit. L. un. Cod. de nudo iure Quir. toll. 7. 25. [e] L. un. Cod. de usucapione transformanda et sublata differentia rerum mancipi et nec mancipi. 7. 31.

zehn- oder zwanzigjährigen, dreißig- oder vierzigjährigen Besitz, die Ersitzungszeit für bewegliche Sachen aber erweiterte er bis zu drei Jahren, und setzte endlich noch zwei gemeinschaftliche Regeln für die verschiedenen Fälle der Ersitzung fest[4]. Hierdurch war nun die longi temporis praescriptio in eine wahre Usucapio der unbeweglichen Sachen verwandelt[5], wenn gleich sie in den Justinianischen Rechtsquellen, um der Verwechslung mit der alten zweijährigen Usucapion vorzubeugen, regelmäßig nicht so genannt, vielmehr mittels durchgängig vorgenommener Interpolationen durch den Ausdruck „longo tempore capio“ oder ähnliche bezeichnet wird. Eben diese Interpolationen aber beweisen zugleich, daß sie nunmehr die Stelle jener ältern Usucapio unbeweglicher Sachen einnehmen sollte, und so steht sie denn auch, abgesehen von der Verschiedenheit der Besitzesdauer, im Ganzen unter denselben Regeln, wie die fortwährend Usucapio genannte dreijährige Ersitzung beweglicher Sachen[f]; sofern aber sonst noch eine offenbare Verschiedenheit der Grundsätze im Justinianischen Recht sich wirklich erhalten hätte, müßte man nun zwischen der Ersitzung beweglicher und unbeweglicher Sachen unterscheiden[6]. Die auf beide Arten von Sachen bezügliche Ersitzung durch dreißig- oder vierzigjährigen Besitz dagegen unterscheidet sich in ihren Voraussetzungen wesentlich von jenen beiden Fällen, und wird daher als „außerordentliche Ersitzung“ (sog. usucapio extraordinaria) denselben entgegengesetzt, indem man diese unter dem Begriff der „ordentlichen Ersitzung“ (sog. usucapio ordinaria) zusammenfaßt.

Anm. [1] Vgl. überhaupt: Donelli Comm. V. cap. 4. 5. 14...31. Unterholzner, die Lehre von der Verjährung durch fortgesetzten Besitz. Breslau 1815; gesammte Verjährungslehre (§. 87. Anm. 2.) Bd. II. §. 173...186. Ueber die Geschichte des Instituts: Puchta Inst. II. §. 239. 240. Scheurl Beitr. II. S. 29. fg.

[2] L. 3. D. h. t. Usucapio est adiectio dominii per continuationem possessionis temporis lege definiti. L. 1. D. h. t. (Gai. ad ed. prov.). Bono publico usucapio introducta est, ne scilicet quarundam rerum diu et fere semper incerta dominia essent, quum sufficeret dominis ad inquirendas res suas statuti temporis spatium. cf. Gai. inst. II. 43. 44. L. 5. pr. D. pro suo 41. 10. Ueber die ältere Anwendung der Ersitzung zur Verwandlung des sogen. bonitarischen in quiritisches Eigenthum. Gai. II. 40...43.

[f] Inst. de usucapionibus et longi temporis praescriptionibus. 2. 6.

[3] L. 8. Cod. de praescript. 30. vel 40. ann. (528.) Si quis emtionis vel donationis vel alterius cuiuscunque contractus titulo rem aliquam bona fide per decem vel viginti annos possederit et longi temporis exceptionem contra dominos eius vel creditores hypothecam eius praetendentes sibi acquisierit, posteaque fortuito casu possessionem eius rei perdiderit, posse eum etiam actionem ad vindicandam eandem rem habere sancimus; hoc enim et veteres leges, si quis eas recte inspexerit, sanciebant. §. 1. Quodsi quis eam rem desierit possidere, cuius dominus vel is, qui suppositam eam habebat, exceptione triginta vel quadraginta annorum expulsus est, praedictum auxilium non indiscrete, sed cum moderata divisione ei praestari censemus, ut, si quidem bona fide ab initio eam rem tenuerit, simili possit uti praesidio, sin vero mala fide eam adeptus est, indignus eo videatur, ita tamen, ut novus possessor, si quidem ipse rei dominus ab initio fuit vel suppositam eam habebat, et memoratae exceptionis necessitate expulsus est, commodum detentionis sibi acquirat; sin vero nullum ius in eadem re quocunque tempore habuit, tunc licentia sit priori domino vel creditori, qui nomine hypothecae rem obligatam habuit, et heredibus eorum, ab iniusto detentatore eam vindicare etc.

[4] L. un. Cod. de usucapione transformanda (531). Quum nostri animi vigilantia *ex iure Quiritium* nomen et substantiam sustulerit, et communes exceptiones in omni loco valeant, decem vel viginti vel triginta annorum, vel si quae sunt aliae maioris aevi continentes prolixitatem, satis inutile est, usucapionem in italicis quidem soli rebus admittere, in provincialibus autem recludere. Sed et si quis res alienas, italicas tamen, bona fide possidebat per biennium, miseri rerum domini excludebantur et nullus eis ad eas reservabatur regressus. Quae et nescientibus dominis procedebant: quo nihil inhumanius erat, si homo absens et nesciens suis cadebat possessionibus. §. 1. Ideo per praesentem legem et in italicis soli rebus, quae immobiles sunt vel esse intelliguntur, sicut annalem exceptionem, ita et usucapionem transformandam esse censemus, ut tantummodo et his decem vel viginti vel triginta annorum et aliarum exceptionum tempora currant, huiusmodi angustiis penitus semotis. §. 2. Quum autem antiqui et in rebus mobilibus vel se moventibus, quae fuerunt alienatae vel quocunque modo, bona fide tamen, detentae, usucapionem extendebant, non in italico solo nexu sed in omni orbe terrarum, et hanc annali tempore concludebant, et eam duximus esse corrigendam, ut, si quis alienam rem mobilem seu se moventem in quacunque terra, sive italica sive provinciali, bona fide per continuum triennium detinuerit, is firmo iure eam possideat, quasi per usucapionem ei acquisitam. §. 3. Hoc tantummodo observando, ut in his omnibus casibus ab initio eam bona fide capiat, secundum quod exigit longi temporis praescriptio, et ut continuetur ei possessio etiam anterioris iusti possessoris et connumeretur in decennium vel viginti annorum spatium vel triennium *(tricennium)*.

Quod et in rebus mobilibus observandum esse censemus, ut in omnibus iusto titulo possessionis *(possessionibus?)* antecessoris iusta detentio, quam in re habuit, non interrumpatur ex posteriori forsitan alienae rei scientia, licet ex titulo lucrativo ea coepta est. §. 4. Ita enim ampliatur quidem longi temporis materia, quae ei subdita est, minuitur autem usucapionum compendiosa dominis iactura et eius iura nocentia, quum etiam res dividi mancipi et nec mancipi sane antiquum est et merito antiquari oportet, ut sit rebus et locis omnibus similis ordo, inutilibus ambiguitatibus et differentiis sublatis.

5 pr. J. h. t. Jure civili constitutum fuerat, ut qui bona fide ab eo, qui dominus non erat, quum crediderit eum dominum esse, rem emerit vel ex donatione aliave quavis iusta causa acceperit, is eam rem, si mobilis erat, anno ubique, si immobilis, biennio tantum in italico solo usucapiat, ne rerum dominia in incerto essent. Et quum hoc placitum erat, putantibus antiquioribus, dominis sufficere ad inquirendas res suas praefata tempora, nobis melior sententia sedit, ne domini maturius suis rebus defraudentur neque certo loco beneficium hoc concludatur; et ideo constitutionem super hoc promulgavimus, qua cautum est, ut res quidem mobiles per triennium, immobiles vero per longi temporis possessionem (id est, inter praesentes decennio, inter absentes viginti annis) usucapiantur, et his modis non solum in Italia, sed in omni terra, quae nostro imperio gubernatur, dominia rerum, iusta causa possessionis praecedente, acquirantur.

6 Vgl. Puchta §. 155. 158. not. f. Arndts Beitr. I. S. 94 ... 101. Aber „die noch stattfindenden Unterschiede reduciren sich in ihrer praktischen Bedeutung auf ein Minimum.“ Arndts a. a. O. not. 171. Stephan im civ. Arch. XXXIV. 8. 16. Mit falscher Gründlichkeit wollen Andere noch die Verschiedenheit beider Institute als Regel behaupten. Hameaux, die usucapio und longi temporis praescriptio, eine hist. dogmat. Erläuterung der L. un. Cod. de usucap. transform. Gießen 1835. Unbegründet aber ist auch die Ansicht, welche nun im Fall des Widerstreits principiell das Recht der Usucapio für das entscheidende erklärt, z. B. Unterholzner §. 178. Vang. §. 316. Sav. VI. S. 57 ... 60. K. Sell, dingl. Rechte S. 127., so wie die entgegengesetzte, welche nun das eigenthümliche Recht der l. t. p. für das allgemein entscheidende hält. Donell. V. cap. 4. Schmid §. 14. not. 3. May über den Charakter der ordentlichen Eigenthumsersitzung nach der const. un. Cod. de usucap. transform. Bamberg 1847. Vgl. Madai Beitr. zur Dogmengeschichte Nr. I. — Nicht hieher gehört die besondere durch besondere Voraussetzungen bedingte Wirkung der l. t. possessio, daß sie auch gegen Pfandrechte schützt, Cod. si adversus creditorem praescriptio opponatur. 7. 36., in welcher Beziehung sie auch bei beweglichen Sachen noch wichtig ist. L. 5. §. 1. L. 9. D. de div. temp. 44. 3. L. 2. Cod. in quib. caus. cessat. l. t. p. 7. 34. cf. L. 44. §. 5. D. h. t. 41. 3.

α) Von der ordentlichen Ersitzung. Erfordernisse derselben.

§. 158.

aa) Besitz.

Das erste Erforderniß der Ersitzung ist Besitz[a], und zwar Eigenthumsbesitz[b], der aber in dieser Beziehung auch dem Verpfänder noch beigelegt wird, wenn gleich das Recht der Interdicte auf den Gläubiger übertragen ist[c]. Der Besitz setzt eine eigenthumsfähige Sache voraus[d], kann aber auch an einem reellen oder intellectuellen Theil einer Sache stattfinden[e], nicht an einer Sachgesammtheit als solcher[f].

Anm. Ueber die Ersitzung zusammengesetzter Sachen vgl. L. 23. 30. §. 1. D. h. t. L. 30. pr. D. de poss. 41. 2. §. 138. Anm. 2.

§. 159.

bb) Ein rechtmäßiger Erwerbsgrund.

Der Besitz muß auf einem Erwerbgrunde (iusta causa possessionis acquirendae) beruhen, welcher an sich wohl geeignet wäre, das Eigenthum zu verschaffen und nur wegen eines im besondern Fall entgegenstehenden Hindernisses den Eigenthumserwerb nicht sofort zur Folge hatte[a]. Diesen Erwerbgrund, den Usucapionstitel, iustus titulus possessionis, hat der Erwerber im Fall der Bestreitung nachzuweisen. Jedoch wird auch in Ermangelung eines wahren oder gültigen Erwerbgrundes Ersitzung zugelassen, wenn nur die irrthümliche Annahme eines solchen (sog. titulus putativus) durch besondere Umstände gerechtfertigt ist[b]. Andrerseits steht die irrthümliche Annahme eines wirklich nicht vorhandenen Mangels in dem nachgewiesenen an sich rechtmäßigen Erwerbe der Ersitzung nicht entgegen[c], es sey denn, daß der Besitzer das Daseyn eines besondern Ersitzungshindernisses (§. 162) irrig angenommen hätte[d].

[a] L. 25. D. h. t. 41. 3. [b] L. 13. pr. D. h. t [c] L. 16. D. h. t. L. 4. §. 15. D. de poss. 41. 2. (§. 135.). [d] L. 9. 45. pr. D. h. t. [e] L. 4. D. pro emt. 41. 4. L. 26. D. de poss. 41. 2. cf. L. 26. D. h. t. 41. 3. [f] L. 30 §. 2. D. h. t.

[a] §. 11. J. h. t. L. 27. D. h. t. L. 3. Cod. pro don. 7. 27. L. 4. Cod. pro herede 7. 29. L. 5. Cod. de praescript. 7. 33. L. 24. Cod. de rei vind. 3. 32. L. 1. pr. D. pro don. 41. 6. L. 6. D. pro derelicto. 41. 7. L. 1 ... 3. D. pro leg. 41. 8. [b] L. 11. D. pro emt. 41. 4. L. 4. §. 2. L. 5. §. 1. D. pro suo 41. 10. cf. L. 9. D. pro leg. 41. 8. L. 1. §. 1. 2. D. pro don. 41. 6. L. 2. §. 15. 16. D. pro emt. 41. 4. — L. 31. §. 6. D. h. t. 41. 3. [c] L. 2. §. 2. D. pro emt. 41. 4. L. 3. D. pro don. 41. 6. L. 25. D. de donat. int. v. et u. 24. 1. cf. L. 44. §. 4. D. h. t. 41. 3. [d] L. 32. §. 1. D. h. t. 41. 3.

Anm. [1] Ueber die Bedeutung des Titels bei der Ersitzung enthält lehrreiche Untersuchungen: Stintzing, das Wesen von bona fides und titulus in der römischen Usucapionslehre, Heidelb. 1853., die jedoch in dogmatischer wie in historischer Beziehung zum Theil wesentliche Berichtigung erhalten durch Scheurl's Beitr. II. S. 29...86. vgl. Arndts in d. krit. Ueberschau II. S. 157. fg.

[2] Ueber das Erforderniß des iustus titulus vgl. vorzüglich: a) L. 27. D. h. t. (Ulp.) Celsus libro trigesimo quarto errare eos ait, qui existimarent, cuius rei quisque bona fide adeptus sit possessionem, pro suo usucapere eum posse; nihil referre, emerit necne, donatum sit necne, si modo emtum vel donatum sibi existimaverit; quia neque pro legato, neque pro donato, neque pro dote usucapio valeat, si nulla donatio, nulla dos, nullum legatum sit. Idem et in litis aestimatione placet, ut, nisi vere quis litis aestimationem subierit, usucapere non possit. (not. a.) b) L. 11. D. pro emt. (African.) Quod vulgo traditum est, eum, qui existimat se quid emisse nec emerit, non posse pro emtore usucapere, hactenus verum esse ait, si nullam iustam causam eius erroris habeat; nam si forte servus vel procurator, cui emendam rem mandasset, persuaserit ei, se emisse, atque ita tradiderit, magis esse, ut usucapio sequatur. L. 9. D. pro legato. (Hermogen.) Pro legato usucapit, cui recte legatum relictum est; sed et si non iure legatum relinquatur, vel legatum ademtum est, pro legato usucapi post magnas varietates obtinuit. L. 2. §. 15. D. pro emt. Si a pupillo emero sine tutoris auctoritate, quem puberem esse putem, dicemus usucapionem sequi, ut hic plus sit in re, quam in existimatione; quodsi scias, pupillum esse, putes tamen, pupillis licere res suas sine tutoris auctoritate administrare, non capies usu, quia iuris error nulli prodest. §. 16. Si a furioso, quem putem sanae mentis, emero, constitit usucapere utilitatis causa me posse, quamvis nulla esset emtio, et ideo neque de evictione actio nascitur mihi, nec Publiciana competit, nec accessio possessionis (not. b.) Scheurl S. 73. fg. gegen Stintzing a. a. O. S. 87. fg. c) L. 2. §. 2. D. pro emt. Si sub conditione emtio facta sit, pendente conditione emtor usu non capit; idemque est et si putet conditionem extitisse, quae nondum extitit; similis est enim ei, qui putat se emisse. Contra si extitit et ignoret, potest dici secundum Sabinum, qui potius substantiam intuetur quam opinionem, usucapere eum. (cf. L. 9. §. 4. D. de iur. et facti ignor. 22. 5. „plus in re est, quam in existimatione mentis"). L. 25. D. 24. 1. Sed et si constante matrimonio res aliena uxori a marito donata fuerit, dicendum est, confestim ad usucapionem eius uxorem admitti, quia et si (non) mortis causa donaverat *(donaretur?)*. ei, non impediretur usucapio; nam ius constitutum ad eas donationes pertinet, ex quibus et locupletior mulier et pauperior maritus in suis rebus fit. Itaque licet (non?) mortis causa donatio interveniat, quasi inter extraneas personas fieri intelligenda est in ea re, quae, quia aliena est, usucapi potest. (not. c.) Stintzing S. 73. fg. Scheurl S. 54. fg. d) L. 32. §. 1. D. h. t. (Pomp.) Si quis id quod possidet non putat sibi per leges licere

usucapere, dicendum est, etiamsi erret, non procedere tamen eius usucapionem, vel quia non bona fide videatur possidere, vel quia in iure erranti non procedat usucapio. Scheurl S. 60. fg. gegen Stintzing S. 83. fg. und Schirmer in Linde's Ztschr. XV. S. 237. fg. gegen Böcking Inst. §. 147. not. 4.

3 Die Usucapionstitel sind so manchfaltig, als die Erwerbgründe des Eigenthums. L. 3. §. 21. D. de poss. 41. 2. cf. L. 13. pr. D. de Publ. act. 6. 2. Bei dem Erwerb durch Tradition werden sie nach den möglichen iustae causae traditionis unterschieden. Vgl. überhaupt Böcking Inst. §. 146. Einzelne Arten sind unter andern:

a) pro soluto. L. 46. 48. D. h. t. 41. 3.; in den Vulgathandschriften als besondrer Titel (41. 4.) ausgeschieden, mit der Ueberschrift: „pro soluto." b) pro emtore. Dig. pro emtore. 41. 4. Cod. pro emtore vel pro transactione. 7. 26. Dabei Zahlung des Preises vorauszusetzen? L. 8. D. de Publ. act. 6. 2. Stintzing S. 110. fg. Scheurl S. 65. fg. Böcking §. 147. not. 45. c) pro herede. Aelteres Recht: Gai. II. 52...58. Justinianisches Recht: Dig. pro herede vel pro possessore. 41. 5. Cod. de usucapione pro herede. 7. 29. L. 33. §. 1. D. h. t. 41. 3. L. 7. Cod. de pet. her. 3. 31. L. 4. Cod. in quib. caus. cess. t. t. p. 7. 34. Arndts im Rhein. Mus. II. S. 125...148. Beitr. I. S. 75...108. Huschke in d. Ztschr. f. gesch. Rtsw. XIV. 7. Schmid §. 14. not. 60...71. Stintzing S. 24. fg. Scheurl S. 46. fg. Dazu jetzt noch Schirmer, die Grundidee der Usucapion. Berlin 1855. S. 43. fg. d) pro donato. Dig. pro donato. 41. 6. Cod. de usuc. pro donato. 7. 27. cf. L. 25. 44. D. de donat. int. v. et u. 24. 1. Sav. IV. S. 110...116. 565...583. vgl. Anm. 2. c. e) pro derelicto. Dig. 41. 7. f) pro legato. Dig. 41. 8. g) pro dote. Dig. 41. 9. Cod. 7. 28. h) pro transactione. Cod. 7. 26. vgl. L. 33. §. 3. D. h. t. L. 8. Cod. pro emt. 7. 26. Endlich i) pro suo. D. 41. 10. Vgl. L. 1. pr. h. t. Pro suo possessio talis est: quum dominium nobis acquiri putamus, et ex ea causa possidemus, ex qua acquiritur, et praeterea pro suo; ut puta ex causa emtionis et pro emtore et pro suo possideo etc., mit L. 2. eod. Est species possessionis, quae vocatur pro suo; hoc enim modo possidemus omnia, quae mari terra coelo capimus aut quae alluvione fluminum nostra fiunt. Item quae ex rebus alieno nomine possessis nata possidemus, veluti partum hereditariae aut emtae ancillae pro nostro possidemus: similiter fructus rei emtae aut donatae aut quae in hereditate inventa est.

4 Streitig ist, ob und in wiefern auch das rechtskräftige Urtheil über das Eigenthum einen Ersitzungsgrund abgebe? Dafür Donell. Comm. V. 14. §. 12. Arndts im civ. Arch. XIII. 15. Vang. §. 320. Anm. 3. Schmid §. 14. not. 100. Dagegen Unterholzner §. 116. Danz in Linde's Ztschr. V. 19. Stephan im civ. Arch. XXXI. 10. Scheurl a. a. O. S. 82. fg. Pfeiffer im civ. Arch. XXXVII. S. 121. fg. Böcking Inst. §. 146. not. 28. Vgl. Brinz I. S. 209., welcher die Annahme eines solchen Usucapionstitels zwar seiner Grundlehre widerstreitend findet, gleichwohl aber das Daseyn desselben nicht in Abrede zu stellen wagt, „nicht sowohl wegen L. 3. §. 1. D. de Publ. 6. 2. . . . als

wegen L. 13. §. 1. D. de iureiur. 12. 2. und L. 33. §. 3. D. h. t., wornach es den Anschein hat, als ob nicht nur das Urtheil, sondern auch Transaction und Eid als Besitztitel, vielleicht als Surrogate ursprünglicher Besitztitel, gegolten hätten."

§. 160.

cc) Guter Glaube des Besitzers.

Der Besitzerwerber muß ferner in gutem Glauben (bona fide) seyn[1], d. h. er darf keine Kenntniß derjenigen Umstände haben, wegen welcher sein Erwerb als ein materiell unrechtlicher erscheint, und welche daher der sonst möglich gewesenen Erwerbung des Eigenthums wirklich entgegenstanden[a]; er muß also, sofern er nicht etwa außerdem einen in der That nicht vorhandenen Mangel seines Erwerbes irrthümlich annahm[b], der Regel nach glauben, sofort das Eigenthum erworben zu haben[c]. Dieser gute Glaube, bona fides, wird nach römischem Recht nur bei der Besitzerwerbung[d], bei dem Erwerb durch Kauf zudem auch schon zur Zeit des Kaufvertrages[e], nach heutigem Recht[f] aber während der ganzen Ersitzungszeit erfordert[2]. Der gute Glaube kann in irriger Voraussetzung des Rechts derjenigen Person, von welcher man seinen Erwerb ableitet[g], oder auch in der Unkenntniß andrer Mängel des Erwerbacts beruhen[h]; er hilft nicht, wenn er die Ersitzungsfähigkeit der Sache betrifft[i]; er muß zudem in Ansehung des Gegenstandes bestimmt seyn[k]. Den guten Glauben muß der Ersitzende selbst haben, wenn auch der Besitz durch einen Andern erworben wird (§. 140); daher beginnt die Ersitzung nicht, bevor jener von der Besitzerwerbung Kunde erhalten hat. Nur wo Besitzerwerb durch einen Andern ohne Willen des Erwerbers stattfindet (§. 141), kommt es auf den guten Glauben des ersten an[l], doch zugleich auch auf den des letzten, wenn er willensfähig

[a] L. 109. D. de V. S. L. 2. §. 1. 16. L. 7. §. 4. 5. 6. D. pro emt. 41. 4. L. 12. 38. D. h. t. L. 27. D. de contrah. emt. 18. 1. L. 13. §. 1. D. de her. pet. 5. 3. cf. L. 30. Cod. de evict. 8. 45. L. 17. Cod. de rei vind. 3. 32. [b] L. 2. §. 2. D. pro emt. (§. 159. not. c.). [c] L. 1. 3. 5. D. pro suo. 41. 10. cf. L. 28. D. de noxal. act. 9. 4. [d] L. un. §. 3. Cod. de usucap. transform. 7. 31. L. 10. pr. L 15. §. 3. L. 48. D. h. t. L. 7. §. 4. D. pro emt. 41. 4. [e] L. 2. pr. §. 13. D. pro emt. cf. L. 10. pr. L. 48. D. h. t. 41. 3. L. 7. §. 16. 17. D. de Publ. act. 6. 2. [f] cap. 20. X. de praescript. 2. 26. (§. 109.). [g] pr. J. h. t. 2. 6. Gai. II. 43. L. 27 D. de contrah. emt. 18. 1. L. 2. §. 8 D. pro emt. L 109. D. de V. S. cf. L. 5. pr. D. pro derel. 41. 7. [h] L. 13. §. 1. D. h. t. 41. 3. L. 2 §. 15. 16. L. 11. 14. D. pro emt. L. 7. §. 2. 4. L. 13. §. 1. D. de Publ. act. 6. 2. [i] L. 136. D. de R. R. (§. 162.). [k] L. 43. pr. D. h. t. 41. 3. L. 4. §. 1. D. pro emt. [l] L. 2. §. 10 ... 13. L. 7. §. 8. D. pro emt. 41. 4. L. 8. pr. L. 43. §. 1. L. 47. D. h. t.

ist und von dem Erwerbe Kenntniß hat[3]. Der gute Glaube muß übrigens auf einem entschuldbaren Irrthum[m], darf also, der Regel nach[n], nicht auf einem Rechtsirrthum beruhen[4]. Den Beweis seines guten Glaubens hat nicht der Ersitzende zu führen[o]; der Gegner muß beweisen, daß jenem das Unrecht seines Erwerbes ursprünglich bekannt oder nur aus unentschuldbarem Irrthum unbekannt gewesen, oder, nach neuerem Recht, später bekannt geworden sey[5].

Anm. [1] Möllenthiel, über die Natur des guten Glaubens bei der Verjährung (oben §. 109. a. E.), hat durch treffliche Darstellung die Ansicht zur Geltung gebracht, daß die bona fides bei der Ersitzung als die positive Ueberzeugung, das Eigenthum erworben zu haben, aufzufassen und so als der eigentliche Grund der Ersitzung anzusehen (arg. L. 12. §. 8. D. de captiv. 49. 15. „ius bonae fidei emtoris vetustissimum"), nur als deren objektive Grundlage ein Usucapionstitel nachzuweisen sey. Vgl. Sav. III. S. 371. fg. Diese Ansicht ist jedoch jetzt von Stintzing und Scheurl a. a. O. mit erheblichen Gründen in doppelter Beziehung angefochten, einmal in so fern als die bona fides wesentlich nur die Unkenntniß des materiellen Unrechts im Erwerbe voraussetzt (not. a.), sodann in so fern als auch ohne jenen Glauben die an sich dazu geeignete Erwerbart die Ersitzung zu begründen vermag (not. b.). Dagegen ist die historische Ausführung Stintzing's, daß ursprünglich bona fides des Erwerbers, wenn er nur nicht ein Furtum begangen, gar nicht erforderlich gewesen und auch das Erforderniß des Usucapionstitels erst von der Publiciana actio (§. 270.) auf die Ersitzung übertragen worden sey, treffend widerlegt von Scheurl a. a. O. Zum Theil abweichende Auffassungen des Wesens der bona fides finden sich wieder bei Böcking Inst. §. 147. Brinz I. S. 210. fg. Schirmer in Linde's Ztschr. n. F. XV. 7. Ueber die Frage insbesondere, ob und wann der Zweifel über die Rechtmäßigkeit des Erwerbes den guten Glauben ausschließe? Böcking §. 147. not. 14. Schirmer S. 225. fg.

[2] Nach R. R. gilt die Regel: mala fides superveniens non nocet; nach canon. Recht dagegen: oportet, ut, qui praescribit, in nulla temporis parte rei habeat conscientiam alienae (§. 109. Anm.). Aber: mala fides auctoris non nocet. L. 5. pr. D. de div. temp. 44. 3. Vgl. jedoch §. 161. Anm. 3. §. 162. 2. c.

[3] L. 2. §. 13. D. pro emt. Si servus bona fide emerit peculiari nomine, ego, ubi primum cognovi, sciam alienam, processuram usucapionem Celsus ait, initium enim possessionis sine vitio fuisse. Sed si eo ipso tempore, quo emit, quanquam id bona fide faciat, ego alienam rem esse sciam, usu me non capturum. Scheurl Beitr. I. S. 226. fg. glaubt mit Donell. V. 17. §. 7., daß hiernach die Usucapion durch die bloße

[m] L. 44. in f. D. h. t. 41. 3. L. 5. §. 1. D. pro suo. 41. 10. [n] L. 31. pr. D. 32. §. 1. D. h. t. L. 4. D. de ignor. 22. 6. L. 7. §. 2. D. pro emt. 41. 4. L. 5. §. 1. D. pro suo 41. 10. [o] L. 30. Cod. de evict. 8. 45. (§. 114.)

scientia domini, rem alienam esse, auch ohne Kenntniß vom Erwerbe, ausgeschlossen sey. Allein von demjenigen, welcher vom Besitzerwerbe gar nichts weiß, kann man nicht mit Donellus sagen: coepit rem mala fide possidere." Jene scientia ist an sich so wenig mala fides, wie die ignorantia bona fides; sie wird dies erst durch die Verbindung mit dem Erwerbwillen, der ohne Wissen nicht denkbar ist.

[4] L. 31. pr. D. h. t. Nunquam in usucapionibus iuris error possessori prodest. vgl. §. 190. Anm. 2. d. Sav. a. a. O. Daß es auf Entschuldbarkeit des Irrthums, wenigstens in dem Falle der not. g., nicht ankomme, behauptet Stintzing S. 66. vgl. S. 108. fg. Dagegen mit Recht Scheurl Beitr. II. S. 68. fg. Ob auch dem Minderjährigen der Rechtsirrthum schade? Puchta §. 57. not. o. Böcking Inst. §. 146. not. 11.; dagegen Savigny III. 431. Scheurl S. 74. arg. L. 11. Cod. de iur. et facti ignor. 1. 18.

[5] In der letzten Beziehung ist es gegründet, selbst im Fall nicht entschuldbarer Fortdauer der Unkenntniß die Fortsetzung der Ersitzung zuzulassen. Denn das canonische Recht legt nur, quoniam omne, quod non ex fide, peccatum est, der später eintretenden conscientia rei alienae die Wirkung bei, die Ersitzung zu unterbrechen; dieß paßt aber nicht, wenn auch nur aus Rechtsirrthum der Besitzer in gutem Glauben bleibt. Neuere Gesetzgebungen schließen wohl den canonischen Rechtssatz wieder völlig aus. Arndts in d. krit. Ueberschau I. S. 379.

§. 161.

dd) Dauer des Besitzes.

Der Besitz muß bei beweglichen Sachen drei Jahre dauern, bei unbeweglichen zehn oder zwanzig Jahre [a], je nachdem Besitzer und Eigenthümer in derselben Provinz (in demselben Obergerichtsbezirk) ihren Wohnsitz haben, d. i. inter praesentes, oder nicht, d. i. inter absentes [b]. Ist jenes während eines Theils der Ersitzungszeit der Fall, so ist nur für den übrigen Theil der zehn Jahre das Doppelte zu rechnen [c]. Vollendet ist die Ersitzung mit dem Anfang des letzten Tages des gesetzlichen Zeitraums [d].

Der Ersitzende kann indessen, wenn er durch abgeleiteten Erwerb den Besitz erlangt hat, den Ersitzungsbesitz seines Vorgängers dem seinigen hinzurechnen [e], (d. i. accessio possessionis [1]), und so auch den der Vorgänger des letzten, den dieser sich zurechnen

[a] pr. J. h. t. [b] L. 12. Cod. de praescr. l. t. 7. 33. [c] nov. 119. cap. 8. [d] L. 15. pr. D. de div. temp. 44. 3. L. 6. 7. D. h. t. 41. 3. (§. 89.). [e] Dig. de div. temp. pr. et de accessionibus possessionum. 44. 3. L. 13. D. de poss. 41. 2. — §. 13. J. h. t. L. 2. §. 16. 17. 20. D. pro emt. 41. 4. L. 11. Cod. de pr. l. t. 7. 33. L. un. §. 3. Cod. de usuc. transform. 7. 31.

konnte [f], vorausgesetzt, daß der Besitz ohne Unterbrechung von dem einen auf den andern übergegangen [g] und bei dem Successor wie beim Auctor zur Ersitzung geeignet ist [h]. Eine solche Besitzzurechnung wird auch gestattet [2], wenn vermöge einer auflösenden Bedingung oder aus anderm Grunde ein Veräußerungsgeschäft rückgängig wird und so der Besitz an den Veräußerer zurückgelangt [i], desgleichen wenn der precario verliehene Besitz dem Verleihenden zurückgegeben ist [k]. Der Erbe aber, und gleich ihm ein andrer Universalsuccessor, tritt auch rücksichtlich der vom Erblasser bereits angefangenen und bis zum Tode fortgesetzten Ersitzung vollständig in dessen Stelle ein [l], so zwar [3], daß jene auch schon vor Antretung der Erbschaft vollendet werden kann [m], vorausgesetzt, daß nicht durch Zwischenbesitz eines Andern der Uebergang auf den Erben unterbrochen sey [n].

Anm. [1] Die accessio possessionis kam nach älterm Recht noch in einer andern Anwendung, bei dem interdictum utrubi, in Betracht, die im Justinianischen Recht weggefallen ist; Gai. IV. 151. §. 4. J. de interd. 4. 15. (§. 172.); worauf aber manche in diesem aufgenommene Stellen sich bezogen haben, L. 13. §. 1. 4. 5. D. de poss. 41. 2. L. 14. §. 3. D. de tiv. temp. 44. 3., die nun zum Theil keine praktische Bedeutung mehr haben. Dagegen fand sie nach älterem Rechte bei der Ersitzung nicht in gleichem Umfang wie nach Justinianischem Recht, und vielleicht in verschiedenem Umfang bei der usucapio und longi temporis praescriptio statt. §. 12. 13. J. h. t. L. un. Cod. cit. Denzinger, die accessio possessionis nach dem röm. und can. Rechte. Würzburg 1842. Vang. §. 322. — Als Regel dafür wird in L. 14. §. 1. D. de tiv. temp. ausgesprochen: Plane tribuuntur (accessiones possessionum) his, qui in locum aliorum succedunt. Aber im pr. sagt dieselbe L. 14. De accessionibus possessionum nihil in perpetuum neque generaliter definire possumus; consistunt enim in sola aequitate.

[2] Die Bestimmung in Betreff der precaria possessio (not. k.) mag ursprünglich auf das interdictum utrubi sich bezogen haben, kann aber auch und muß daher im Justinianischen Recht auf die Ersitzung bezogen werden. Doch sind andre der Meinung, daß es hier der accessio gar nicht bedürfe, vielmehr der Besitz des Precaristen, eben so wie der des Pfandgläubigers (§. 158.), und, wenn man auch diesen juristische corporis possessio beilegt, der des Emphyteuta und Superficiars, den Fortgang der Ersitzung des bisherigen Eigenthumsbesitzers

[f] L. 15. §. 1. D. h. t. 44. 3. [g] L. 15. §. 1. cit. L. 13. cit. §. 4. cf. L. 20. D. h. t. 41. 3. [h] L. 13. cit. §. 13. L. un. Cod. cit. cf. L. 5. pr. D. 44. 3. [i] L. 6. §. 1. D. 44. 3. L. 13. §. 2. D. de poss. 41. 2. L. 19. D. h. t. 41. 3. cf. L. 7. §. 4. D. pro emt. 41. 4. [k] L. 13. §. 7. D. de poss. 41. 2. cf. L. 39. eod. [l] §. 12. J. h. t. L. 2. §. 18. 19. D. pro emt. 41. 4. L. 22. 44. §. 3. D. h. t. 41. 3. [m] L. 31. §. 5. L. 40. D. h. t. L. 6. §. 2. L. 7. pr. D. pro emt. 41. 4. L. 30. pr. D. ex quib. caus. mai. 4. 6. cf. L. 13. §. 4. D. de poss. 41. 2. [n] L. 20. D. h. t. 41. 3. L. 6. §. 2. cit. in f.

gar nicht störe: arg. L. 15. §. 4. D. de prec. 43. 26.; Vang. §. 200. Anm. 1. vgl. Böcking Inst. §. 123. not. 39. 41. §. 148. not. 34. Anders wird für den Fall entschieden, wenn dem Sequester der juristische Besitz übertragen ist: L. 39. D. 41. 2. Interesse puto, qua mente apud sequestrem deponitur res. Nam si omittendae possessionis causa et hoc aperte fuerit approbatum, ad usucapionem possessio eius partibus non procederet: at si custodiae causa deponatur, ad usucapionem eam possessionem victori procedere constat. cf. L. 17. §. 1. D. depos. 16. 3. Puchta §. 156. not. k. Ob nicht dennoch einem Dritten gegenüber zu Gunsten des Siegers die Zeit der Sequestration mitzurechnen sey? Denzinger S. 112. Brinz I. S. 217. Uebrigens vgl. noch L. 13. §. 9. D. de poss. Si iussu iudicis res mihi restituta sit, accessionem esse mihi dandam placuit.

[3] L. 30. pr. D. 4. 6. Cum miles, qui usucapiebat, decesserit, et heres impleverit usucapionem, aequum est rescindi, quod postea usucaptum est, ut eadem in heredibus, qui in usucapionem succedunt, servanda sint, quia possessio defuncti quasi iuncta descendit ad heredem et plerumque nondum hereditate adita completur. L. 13. §. 4. D. 41. 2. Quaesitum est, si heres prius non possederat, an testatoris possessio ei accedat. Et quidem in emtoribus possessio interrumpitur, sed non idem in heredibus plerique probant, quoniam plenius est ius successionis quam emtionis, sed subtilius est, quod in emtorem et in heredem id quoque probari. Vgl. Böcking Inst. §. 148. not. 31. „wiederholtes sed, d. h. aber bei Erben ist es anders, und es wäre auch subtilius = ein zu abstraktes Generalisiren, eine Verallgemeinerung, die keine Rücksicht auf die Verschiedenheit der zu entscheidenden Fälle nähme". Mit Unrecht stützt sich demnach auf diese Stelle die Meinung, daß zur Vollendung der Ersitzung jedenfalls Besitzerwerb des Erben nothwendig sey, wenn auch die Zeit schon abgelaufen. Unterholzner I. §. 133. Dagegen L. 6. §. 2. D. 41. 4. „quamvis . . . heres possidere non coepisset, fiet tamen eius." L. 31. §. 5. D. h. t. Vacuum tempus, quod ante aditam hereditatem vel post aditam intercessit, ad usucapionem heredi procedit. Vang. §. 322., zum Theil abweichend Puchta §. 156. not. l., indem er, wenn die Zeit beim Antritt der Erbschaft noch nicht abgelaufen, Besitzergreifung des Erben fordert, sofern nicht die Sache in der Detention eines Repräsentanten ist, arg. L. 30. §. 5. D. de poss., die jedoch dieses nicht beweist, während L. 31. §. 5. cit. dagegen ist. Ihering Abh. S. 251 fg. Scheurl Beitr. I., S. 91. fg. Böcking a. a. O. not. 29 . . . 31. — Auf bona fides des Erben kommt es nach R. R. nicht an, so wie umgekehrt seine bona fides nicht hilft, wenn der Besitz des Erblassers nicht zur Ersitzung geeignet war. §. 12. J. h. t. L. 2. §. 19. D. pro emt. L. 11. D. de div. temp. L. 11. Cod. de poss. 7. 32. Nach heutigem Recht aber wird die noch unvollendete Ersitzung durch die mala fides superveniens, wie des Erblassers selbst, so auch des Erben gehindert (§ 160.). — Uebrigens kommt auch dem Vermächtnißnehmer die accessio possessionis in demselben Maße zu Statten, wie dem Erben (in re legata, in accessione temporis, quo testator possedit, legatarius quodammodo quasi heres est. L. 14. §. 1. D. h. t. 41. 3.), und auch des Erben

Besitz bis zur Entrichtung des Vermächtnisses wird ihm zugerechnet. L. 13. §. 10. D. de poss. 41. 2.

§. 162.

ee) Ersitzbarkeit der Sache.

Wenn auch alle bisher (§. 158 ... 161.) angegebenen Erfordernisse vorhanden sind, so findet gleichwohl in vielen Fällen ordentliche Ersitzung nicht statt, weil manche Sachen durch besondere Rechtsvorschriften von derselben ausgenommen sind. Es sind nämlich:

1) Sachen gewisser Personen der ordentlichen Ersitzung entzogen, so daß diese nur, wenn und weil jene die Eigenthümer sind, nicht stattfindet, also auch wieder zuläßig wird, sobald die Sachen aufhören, Eigenthum solcher Personen zu seyn [a]. Dahin gehören a) Sachen des Staates [b], res fiscales, b) des Regenten [c], res dominicae, c) der Städte [d], d) der Minderjährigen [e], e) unbewegliche Sachen [f] der Kirchen und milden Stiftungen [1].

2) Gewisse Sachen sind aus objektiven Gründen, ohne Rücksicht auf die Persönlichkeit der Eigenthümer, wenn gleich wohl aus Rücksicht auf den Eigenthümer, wer dieser auch sey, von der ordentlichen Ersitzung ausgenommen, nämlich:

a) entwendete bewegliche Sachen, res furtivae [2], nach Bestimmung der zwölf Tafeln und der Lex Atinia [g]. Dieses Hinderniß der Ersitzung wird aufgehoben (vitium rei purgatur), sobald die gestohlene Sache in die Gewalt des Eigenthümers [3] zurückgekommen ist [h]; daher entsteht es nicht, wenn der Eigenthümer selbst die Sache entwendet hat [i]; b) gewaltthätig in Besitz genommene Sachen (und zwar unbewegliche, denn bewegliche sind in diesem Fall ohnehin als res furtivae [k] der Usucapion entzogen), res vi possessae, nach der Lex Julia und Plautia [l], ebenfalls so lange, als nicht dieselben in die Gewalt des Eigenthümers zurückgekommen

[a] L. 24. §. 1. D. h. t. 41. 3. [b] L. 18. 24. §. 1. D. h. t. §. 9. J. h. t. [c] Cod. ne rei dominicae vindicatio temporis praescriptione summoveatur. 7. 38. [d] L. 2. Cod. l. c. L. 12. §. 2. D. de Publ. act. 6. 2. L. 9. D. h. t. [e] L. 3. Cod quib. non obiic. 7. 35. L. 5. Cod. in quib. caus. nec. 2. 41. cf. L. un. Cod. si adv. usucap. 2. 36. [f] nov. 111. cap. 1. nov. 131. cap. 6. cap. 8. X. de praescript. 2 26. [g] §. 2 ... 7. J. h. t. L. 4. §. 6 ... 21. D. h. t. cf. L. 35. eod. L. 68 ... 70. D. de furtis. 47. 2. — L. 1. Cod. de serv. fugit. 6. 1. [h] L. 4. §. 6...14. D. h. t. §. 8. J. h. t. [i] L. 4. §. 21. D. h. t. L. 5. D. pro emt. 41. 4. L. 20. § 1. D. de furtis. 47. 2. cf. L 6. Cod. de usucap. pro emt. 7. 26. L. 49. D. h. t. [k] L. 1. D. vi bon. rapt. 47. 8. [l] L. 4. §. 22 ... 26. 28. L. 33. §. 2. D. h. t.

sind[m]; c) Sachen, namentlich unbewegliche (denn bewegliche sind auch in diesem Falle res furtivae[n]), welche von einem Besitzer in bösem Glauben, ohne Wissen des Eigenthümers, oder ohne daß dieser sein Eigenthum kennt, veräußert worden sind[o], so lange, bis der Eigenthümer Kenntniß von der Veräußerung und seinem Recht an der Sache erhalten hat; d) Sachen, welche ein Beamter seiner Amtspflicht und gesetzlichem Verbot zuwider als Geschenk oder unter einem andern Rechtstitel erhalten hat; auch dieses Hinderniß wird dadurch beseitigt, daß die Sache in die Gewalt des Eigenthümers zurückkommt[p]; e) Sachen, deren Veräußerung als gesetzlich verbotene nichtig ist[1], insofern dieses Verbot geradezu übertreten oder die Zulassung der Ersitzung selbst als indirecte Veräußerung gegen das Verbot zu betrachten ist[q]; f) streitige Gränzen, insofern nämlich bei dem Gränzstreite die Behauptung des Eigenthums an einem streitigen Gränzstück nicht durch zehn- oder zwanzigjährigen Besitz begründet werden kann[r].

Außerdem ist bei gewissen Sachen die Ersitzung einstweilen ausgeschlossen, insofern sie gegen Personen wirken würde, die ihr Recht an denselben geltend zu machen zur Zeit rechtlich verhindert sind; so bei Dotalsachen, insofern deren Eigenthum durch Auflösung der Ehe oder Vermögensverfall des Mannes von selbst an die Frau fällt[s]; bei den in Gebäude oder Weinberge verwendeten Sachen, so lange sie nicht wieder davon getrennt sind[t].

Anm. [1] Irrthümlich dehnte Vang. §. 417. dies auf bewegliche Sachen aus, verleitet durch einen fehlerhaften Text: *triennalem* statt *tricennalem* in cap. 4. X. de praescript. 2. 26. „nam Romana ecclesia tricennalem praescriptionem contra ecclesiam non admittit;“ er hat in der 6. Aufl. den Fehler selbst berichtigt. — Streitig ist die Bestimmung unter c), in Betreff der Sachen der Städte, besonders wegen L. 13. §. 27. D. de damno infecto. 39. 2. Pauli sentt. V. 2. §. 4. Vgl. Unterholzner I. §. 45. 48. Schmid §. 14. not. 9. — Sehr streitig ist auch die Bestimmung unter d), die Sachen der Minderjährigen betreffend. Nach älterm Recht unterlagen selbst Sachen der Unmündigen der Usucapion, L. 2. D. de eo qui pro tut. 27. 5., aber es war dagegen Restitution möglich. L. un. Cod. si adv. usucap. 2. 36. L. 4. §. 24.

[m] §. 8. J. h. t. L. 86. D. de furtis. 47. 2. L. 6. D. vi bon. rapt. 47. 8. L. 5. Cod. l. c. cf. L. 6. §. 3. D. de precario. 43. 26. [n] §. 3. 4. J. h. t. [o] nov. 119. cap. 7. [p] L. 8. D. ad leg. Jul. repetund. 48. 11. L. 48. pr. D. de acquir. dom. 41. 1. [q] L. 28 pr. D. de V. S. L. 12. §. 4. cf. L. 9. §. 5. D. de Publ. act. 6. 2. Vgl. L. 12. D. h. t. L. 7. §. 5. D. pro emt. 41. 4. [r] L. 6. Cod. fin. reg. 3. 39. [s] L. 30. Cod. de iure dot. 5. 12. [t] L. 23. §. 7. D. de rei vind. 6. 1. (§. 152 not. h. cf. §. 138. Anm. 2.)

D. de doli mali exc. 44. 4. Bei der longi temporis praescriptio dagegen wurde die Zeit der Minderjährigkeit des Eigenthümers gar nicht eingerechnet. L. 3. Cod. 7. 35. Non est incognitum, id temporis, quod in minore aetate transmissum est, longi temporis praescriptioni non imputari; ea enim tunc currere incipit, quando ad maiorem aetatem dominus rei pervenerit. Einige halten nun die ältere Regel der usucapio für jede ordentliche Ersitzung nach Justinianischem Recht fest, z. B. Vang. §. 317. Andere unterscheiden zwischen der Ersitzung beweglicher und unbeweglicher Sachen, z. B. Puchta §. 158. not. f. vgl. oben §. 167. Wieder Andere, z. B. Mühlenbruch §. 261. not. 7. Unterholzner I. §. 35., auch Puchta Inst. II. §. 239. not 1., stimmen mit uns überein. Entscheidend für diese Ansicht ist L. 5. Cod. 2. 41. (Justinianus): Sancimus favore imperfectae aetatis exceptionem non numeratae pecuniae ab initio minoribus non currere, ne, dum in integrum restitutionem exspectamus, aliquod emergat obstaculum; per quod huiusmodi beneficio minor uti non possit, vel (al. *ne*) substantia eius subvertatur. Sed humanius est, latius eandem legis interpretationem extendere, in omnibus casibus in quibus vetera iura currere quidem temporales praescriptiones adversus minores concesserunt, per in integrum restitutionem autem eis subveniebant, eas ipso iure non currere. Melius etenim est intacta eorum iura servari, quam post causam vulneratam remedium quaerere: videlicet exceptionibus triginta vel quadraginta annorum in suo statu remanentibus (a. 351.); eine Verordnung, welche im weitern Sinne zu erklären (vgl. L. 30. Cod. de iure dot. 5. 12. „temporalis exceptio, sive per usucapionem inducta, sive per decem vel viginti annorum curricula . . . introducta") ihre Ratio uns berechtigt, und weder L. 2. noch L. un. Cod. und L. 4. §. 24. citt. und noch weniger L. 4. §. 11. D. h. t. L. 7. §. 3. D. pro emtore. 41. 4. L. 33. D. de furtis. 47. 2. uns abhalten können. Arndts in Linde's Ztschr. XX. 11., womit übereinstimmt Schmid §. 14. not. 10. Stephan im civ. Arch. XXXIV. 16. Böcking Inst. §. 145. not. 31. Uebrigens ist die zweite Ansicht (Puchta §. 158.) dem Ersitzenden nicht günstiger als diese, da die Restitution gegen die vollendete Ersitzung doch nicht versagt werden könnte, die Restitutionsfrist aber nicht kürzer ist, als die Ersitzungszeit beweglicher Sachen. — Nicht entscheidend ist L. 48. pr. D. de acquir. dom. 41. 1. (§. 146. Anm. 2.), wo die Verfasser der Basiliken gelesen haben: *si populi sit* statt *si pupilli sit*. Arndts a. a. O. S. 391. not. 1. Stephan S. 369.

² In wie fern auch die Erzeugnisse der gestohlenen Sachen res furtivae seyen? s. L. 4. §. 19. L. 10. §. 2. L. 33. pr. D. h. t. L. 48. §. 5. 6. D. de furtis. 47. 2. cf. L. 4. §. 15. D. h. t.; die specificirte Sache? L. 4. §. 20. D. h. t. (§. 155.).

³ L. 4. §. 6. D. h. t. Quod autem dicit lex Atinia, ut res furtiva non usucapiatur, nisi in potestatem eius, cui surrepta est, revertatur, sic acceptum est, ut in domini potestatem debeat reverti, non in eius utique, cui surreptum est. Igitur creditori surrepta, et ei, cui commodata est, in potestatem domini redire debet. Man bemerke darüber:

a) die Sache ist in die Gewalt des Eigenthümers zurückgekehrt, wenn dieser den Besitz derselben erlangt hat, und zwar in einer Weise, daß ihm derselbe nicht durch ein Rechtsmittel wieder entrissen werden kann, und die Sache als die seinige ihm entwendete erkennend, L. 4. §. 12. D. h. t. L. 22. D. de poss. 41. 2. L. 86. D. de furt. 47. 2.; aber auch, wenn er nur in die Lage versetzt ist, die Sache durch die Eigenthumsklage wieder erlangen zu können, L. 215. D. de V. S., mag er dies auch unterlassen oder sogar absichtlich dem Entwender selbst oder einem Andern die Sache überlassen. L. 4. §. 13. 14. L. 32. pr. D. h. t. Auch wenn der Entwender aus anderm Grunde Eigenthümer der Sache wird, ist das vitium rei beseitigt. L. 42. in f. D. h. t. Uebrigens kann der Eigenthümer auch durch einen Stellvertreter die Sache wieder in seine Gewalt bekommen; dann muß er aber, wenn ihm die Entwendung bekannt war, auch von der Wiedererlangung Kenntniß erhalten. L. 4. §. 8...11. L. 41. D. h. t. cf. L. 56. §. 2. 4. D. de furt. 47. 2. Streitig jedoch der Fall in L. 4. §. 7. D. h. t. Labeo quoque ait, si res peculiaris servi mei surrepta sit me ignorante, deinde eam nactus sit, videri in potestatem meam rediise; commodius dicitur, etiamsi sciero, rediise eam in meam potestatem. Nec enim sufficit, si eam rem, quam perdidit (Vulg. *perdidi*), ignorante me servus apprehendat, si modo in peculio eam esse volui; nam si nolui, tunc exigendum est, ut ego facultatem eius nactus sim. Huschke emendirt hier nämlich: *officit* anstatt *sufficit*. Linde's Ztschr. n. F. II. S. 137. fg. Dagegen Vang. §. 317. S. 666.

b) Streitig ist, ob nicht ungeachtet der L. 4. §. 6. cit. doch auch die Rückkehr in die Gewalt des Bestohlenen, der nicht Eigenthümer ist, genüge? Einige behaupten dieses, wenn der Bestohlene Eigenthumsbesitzer war, arg. L. 6. §. 3. D. de precario: „eum, qui vi alterum deiecit . . . si ab eodem emisset, incipere etiam pro emtore posse dominium capere.“ Mühlenbruch §. 261. not. 14. Schmid §. 14. not. 29. Schirmer, die Grundidee der Usucapion. S. 149. 162. (aber diese Stelle sagt nur, daß hier usucapio pro emtore möglich sey, was unbedenklich zuzugeben ist, wenn nur der nicht dejicirte Eigenthümer vindicandae rei potestatem habet, wie ja bei unbeweglichen Sachen regelmäßig der Fall seyn wird, gegen welche Erklärung von Schirmer a. a. O. nichtssagende Einwendungen gemacht werden); Andere auch, wenn der Bestohlene ein Pfandgläubiger oder Usufructuar sey, vorausgesetzt, daß deren Verhältniß zur Sache noch fortdauere, Unterholzner §. 68. Vang. §. 317. S. 517.; aber im Widerspruch mit L. 4. §. 6. cit., die willkürlich beschränkend erklärt wird, und inconsequent, wenn man nicht dasselbe auch beim Commodatar und Miether annehmen will, die auch Bestohlene seyn können. L. 12. D. de furtis. 47. 2. Die richtige Meinung hat Puchta §. 158. not. i. und jetzt auch Vang. 6. Aufl. I. S. 668. fg. Eine Ausnahme jedoch enthält L. 49. D. h. t. Si quid est surreptum, id usucapi non potest, antequam in domini potestatem pervenerit. Paulus: Imo, forsitan et contra, nam si id, quod mihi pignori dederis, surripueris, erit ea res furtiva facta; sed simul atque in meam potestatem venerit, usucapi poterit. Sie ist von dem Fall zu verstehen, wenn der Verpfänder und Entwender nicht der Eigenthümer war.

Puchta not. l. Vang. a. a. O.; anders Huschke in der Zeitschr. für geschichtl. Rtsw. XIV. S. 257. fg. und wieder anders jetzt Schirmer a. a. O. S. 191. fg., der sich einige, jedoch wohl trügerische, Hoffnung macht, die L. 49. cit. dadurch befriedigend zu erklären, daß er sie auf das vom verpfändenden Eigenthümer begangene Furtum an einer Hypothek, nicht an einem Faustpfand, bezieht.

c) den Stellen in not. i. würde L. 49. cit. widersprechen, wenn nicht die eben angedeutete Erklärung angenommen wird. Eben so ist der scheinbare Widerspruch der L. 6. Cod. 7. 26. zu erklären: Cum sit probatum, rem pignori fuisse obligatam et postea a debitore distractam, palam est non potuisse eam quasi furtivam usucapi: welche Andere mera subtilitate dadurch zu erklären suchen, daß hier nicht von einem reverti in potestatem domini die Rede seyn könne. Mühlenbruch §. 261. not. 14. Huschke und Vang. a. a. O.

4 L. 4. de V. S. Alienationis verbum etiam usucapionem continet; vix est enim, ut non videatur alienare, qui patitur usucapi. Einzelne Fälle sind: a) Dotalgrundstücke. L. 16. cf. L. 5. 6. D. de fundo dot. 23. 5. L. 42. D. h. t. b) vermachte Sachen, welche der Erbe, des Vermächtnisses bewußt, veräußert. L. 3. §. 3. Cod. comm. de legat. 6. 43. c) Sachen, die zu den bona adventitia der Kinder gehören, deren Veräußerung dem Vater untersagt ist. L. 1. in f. Cod. de bon. mat. 6. 60. L. 4. in f. Cod. de bon. quae lib. 6. 61. L. 1. §. 2. Cod. de ann. exc. 7. 40. Nach Endigung der väterlichen Gewalt fällt dies Hinderniß weg, jedoch soll in Ansehung der vom Vater wirklich veräußerten Sachen auch von da an nur dreißigjährige Verjährung eintreten, nach nov. 22. cap. 24., die freilich zunächst nur von gewissen Sachen spricht, aber füglich auf alle ausgedehnt werden kann. Puchta §. 158. not. t. Dagegen Vang. §. 317. S. 665. d) Sachen Bevormundeter, die nicht ohne obervormundschaftliches Decret veräußert werden können, arg. L. 3. §. 5. D. de reb. eor. 27. 9., und in soweit denn jedenfalls Sachen Unmündiger und Minderjähriger, selbst wenn man den Satz unter 1. d. (vgl. Anm. 1.) nicht annimmt. e) res litigiosae (§. 113. Anm. 4. h.), wenn der Kläger den Rechtsstreit nicht hat liegen lassen. L. 1. Cod. de praescript. l. t. 7. 33. A. M. Vang. §. 317. a. E.

§. 163.

ff) Unterbrechung und Stillstand der Ersitzung.

Die Ersitzung wird unterbrochen, so daß die bisherige Besitzzeit nicht mehr nützt, durch Unterbrechung des Besitzes, usurpatio [1], die von selbst auch eintritt, wenn die Sache eigenthumsunfähig wird (§. 138.), nicht auch, wenn der Interdictenbesitz an einen Pfandgläubiger übergeht (§. 158.); sodann nach heutigem Recht durch später eintretenden bösen Glauben des Besitzers (§. 160.). Die Erhebung der Eigenthumsklage gegen den Besitzer unterbricht zwar nicht geradezu die Ersitzung, hat jedoch, sofern dieser im

Rechtsstreite unterliegt, die Folge, daß die später vollendete Ersitzung gegenüber dem Kläger und denjenigen, die in dessen Stelle eintreten, nichts fruchtet[2]. Von jener Unterbrechung ist auch hier der Stillstand der Verjährung zu unterscheiden (§. 110.). Ein solcher tritt ein, wenn nach Beginn der Ersitzung die Sache in das Eigenthum einer Person, gegen welche die ordentliche Ersitzung nicht stattfindet (§. 162. Nr. 1.), übergegangen oder in eine Lage gekommen ist, wodurch die Anstellung der Eigenthumsklage von Seiten des Eigenthümers einstweilen rechtlich verhindert wird (§. 110. not. c. §. 162. not. t. und Anm. 4. c.). Auch bewirken gewisse factische Hindernisse der Eigenthumsklage (§. 110. not. d.) einen Stillstand sowohl der Ersitzung wie der Klagenverjährung.

Anm. [1] L. 2. D. h. t. Usurpatio est usucapionis interruptio. L. 5. eod. Naturaliter interrumpitur possessio, cum quis de possessione vi deiicitur vel alicui res eripitur; quo casu non adversus eum tantum, qui eripit, interrumpitur possessio, sed adversus omnes, nec eo casu quidquam interest, is qui usurpaverit dominus sit nec ne; ac ne illud quidem interest, pro suo quisque possideat an ex lucrativa causa. cf. L. 15. pr. §. 2. D. eod. L. 5. in f. D. pro don. 41. 6. — Die abgedruckte Stelle ist erst in neuester Zeit befriedigend erklärt von Huschke, in Linde's Ztschr. n. F. II. S. 141...150., durch die Nachweisung, daß es nach älterm Recht, wenigstens in Beziehung auf unbewegliche Sachen, auch eine, nur relativ wirksame, civilis usurpatio durch symbolische Handlung gab (Abbrechen eines Zweiges: Cic. de Orat. III. 28. §. 110.).

[2] Fragm. Vat. §. 12. Usucapio frustra complebitur anticipata lite. L. 17...21. D. de rei vind. 6. 1. L. 2. §. 21. D. pro emt. 41. 4. (§. 113. Anm. 4. c.). Für die usucapio des ältern Rechts ist unser Satz unzweifelhaft, sehr bestritten aber, ob und wie fern er noch im Justinianischen Recht gelte? Bei der l. t. pr. nämlich, welche zunächst nur als Einrede wirkte, wurde vorausgesetzt, daß sie schon zur Zeit der Litiscontestatio, ja zur Zeit der Mittheilung der Klage begründet sey, um der Eigenthumsklage wirksam entgegenzutreten. L. 1. 2. 10. Cod. de praescript. l. t. 7. 33. L. 4. Cod. quib. non obiic. 7. 35. L. 26. Cod. de rei vind. 3. 32. L. 2. Cod. ubi in rem. 3. 19. Nach Verschiedenheit der Meinungen (§. 157. Anm. 6.) soll nun entweder a) die Regel der usucapio ausschließlich gelten, Vang. §. 160. 323. Sav. VI. S. 55...60., oder b) umgekehrt die Regel der l. t. pr., Schmid §. 14. not. 192., oder c) zwischen der Ersitzung beweglicher und unbeweglicher Sachen zu unterscheiden seyn, Wening-Ingenheim §. 137. Allein auch bei der l. t. pr. kann doch jedenfalls die Unterbrechung durch den Rechtsstreit nur relativ zu Gunsten des Klägers, wirken, Unterholzner §. 125. Wenning a. a. O.; es beruht auf eitler Buchstabeninterpretation und führt zu höchst unangemessenen Ergebnissen, wenn man mit Schmid not. 193. das Gegentheil behauptet. Daher ist, zumal bei der Unveräußerlichkeit der res litigiosa, der Unterschied im praktischen Erfolg

kaum nennenswerth. Aber die zuletzt angeführten Stellen können auch sehr wohl so verstanden werden, daß anticipata lite die longi temporis praescriptio so wenig wie die von Justinian sogenannte temporalis exceptio per usucapionem inducta gegen den klagenden Eigenthümer noch etwas helfen könne, und ist in diesem Sinne die Abweichung der l. t. pr. von der usucapio, so weit eine solche bestand, im Justinianischen Recht als beseitigt anzusehen. Puchta §. 160. not. f. vgl. Kierulff I. S. 283 — Ueber den Zeitpunkt dieser Unterbrechung s. §. 113. Anm. 5. Der von Justinian in L. 2. Cod. de ann. exc. 7. 40. für gewisse Fälle eingeführten Verwahrung ist keine andere Wirkung beizulegen, als dem wirklichen Beginn des Rechtsstreites. Puchta not. e. Dagegen behauptet jedoch wiederum Stephan im civ. Arch. XXXIV. 8., in Uebereinstimmung mit der Glosse, daß durch L. 2. Cod. cit. stillschweigend auch bezüglich der dreijährigen Ersitzung beweglicher Sachen die in die Pandekten noch aufgenommene Regel des ältern Rechts aufgehoben und direkte Unterbrechung durch Insinuation der Klage anerkannt sey; denn wenn eine bloße Protestation genügen solle ad omnem temporalem interruptionem, sive triennii sive longi temporis sive triginta vel quadraginta annorum sit, wo dies wegen Abwesenheit des Gegners nicht durch Einleitung des Processes zu bewirken war, so sey nothwendig vorauszusetzen, daß im andern Fall die letzte eben diese Wirkung haben müsse.

§. 164.

β) Außerordentliche Ersitzung.

Die außerordentliche Ersitzung wird vollendet durch ununterbrochenen dreißig- oder vierzigjährigen Eigenthumsbesitz, vorausgesetzt, nach römischem Rechte, daß der Besitzer in gutem Glauben zu besitzen angefangen habe, nach canonischem Rechte, daß er auch während der Verjährungszeit nicht in bösen Glauben versetzt worden sey[1]. Den guten Glauben hat auch hier nicht der Besitzer zu beweisen, aber er braucht auch nicht einmal durch Nachweisung eines rechtmäßigen Erwerbgrundes denselben zu begründen[2]. Die übrigen Voraussetzungen dieser Ersitzung bestimmen sich lediglich nach den Erfordernissen der Verjährung der Eigenthumsklage[3]. Sofern nur diese vorhanden sind, können auch die der ordentlichen Ersitzung nach §. 162. entzogenen Sachen durch außerordentliche Ersitzung erworben werden[4].

Anm. 1 Vgl. L. 8. §. 1. Cod. de praescript. 30. vel. 40. ann. 7. 39. (§. 157. Anm. 3.) mit cap. 20. X. de praescript. 2. 26. (§. 160. Anm. 2.) Streitig: ob hier auch der unentschuldbare Irrthum, also auch der Rechtsirrthum nicht schade? Sav. III. S. 371. not. b. Dagegen Vang. §. 325. Scheurl Beitr. II. S. 80. Böcking Inst. §. 149.

2 Das Gegentheil behaupten mit andern wieder Herrmann in Linde's Ztschr.

u. F. IV. S. 374. fg. und Brinz I. §. 62. gegen die von jeher mit Recht herrschende Meinung. Vgl. cap. 15. C. 16. qu. 3.

[3] Fritz in Linde's Ztsch. III. 23. „Sind die Erfordernisse der sog. außerordentl. Eigenthumsersitzung nach den Regeln zu bestimmen, die von der ord. Ersitzung gelten, oder nach denjenigen, die von der Klagenverjährung gelten?" gegen Unterholzner §. 177. 178.; vgl. oben §. 107 . . . 110.

[4] In Betreff der res furtivae hat Zweifel dagegen erregt die PGO. Art. 209. „Und kann an solcher gestohlener oder geraubter Habe durch einige Länge der Zeit kein Gewehr ersessen werden." Die herrschende Meinung hat aber diesen Satz stets nur auf die ordentliche Ersitzung bezogen. Unterholzner I. §. 60. A. M. Göschen §. 263. — Eine andere Frage ist, ob auch res publicae der außerordentlichen Ersitzung unterliegen? Schmidt in der Ztschr. f. gesch. Rtsw. XV. S. 66. sagt: „Niemand nimmt die res publicae von der außerordentlichen Ersitzung aus." Aber vgl. Göschen §. 254. not. 1. 3. Puchta § 158. not. a. Böcking Pand. II. §. 16. 17. Inst. §. 149. not. 11.

IV. Schutz des Eigenthums und des Eigenthumsbesitzes [a].

§. 165.

A. Eigenthumsklagen.

Zum Schutze des Eigenthums dienen zwei verschiedene Klagen, rei vindicatio und negatoria actio. Die erste, die man vorzugsweise unter der Eigenthumsklage zu verstehen pflegt, findet gegen solche Anmaßungen statt, wodurch dem Eigenthümer die Ausübung des Eigenthums im Ganzen entzogen wird, durch Vorenthaltung des Besitzes nämlich. Die andere bezweckt die Abwehr partieller Eingriffe in das Eigenthumsrecht, Geltendmachung der Freiheit des Eigenthums gegen anmaßliche Beschränkung desselben. Uebrigens kann das Eigenthum nach Umständen auch durch Einrede, exceptio dominii, geschützt werden, wenn nämlich gegen den Eigenthümer durch Klage ein Anspruch verfolgt wird, welcher seinem Eigenthumsrecht widerstreitet.

Anm. In weiterm Umfang stellt Brinz I. §. 64 . . . 68. unter „die Actionen des Eigenthums" auch die Theilungsklagen und solche Klagen, welche aus verschiedenen materiellen Verletzungen des Eigenthumsgegenstandes für den Eigenthümer sich ergeben. Vgl. §. 320. 321. 328 . . . 331.

[a] X. de causa proprietatis et possessionis. 2. 12. Clem. 2. 3.

1) Rei vindicatio [a].

§. 166.

a) Voraussetzungen der Rei Vindicatio [1].

Der Grund der R. V. ist das Eigenthum, ihre Veranlassung ist die Vorenthaltung des Besitzes. Sie steht daher dem nicht besitzenden Eigenthümer zu [2] gegen den Besitzer [b], dieser mag in fremdem oder in eigenem Namen besitzen [c], welcher jedoch im ersten Fall durch Nennung desjenigen, in dessen Namen er besitzt (laudatio oder nominatio auctoris), der Klage entgeht [d]. Demnach liegt dem Kläger der Beweis ob [3], daß er Eigenthümer sey [e], daß der Beklagte sich im Besitze befinde [f]; er kann jedoch, wenn er das letzte gegen den ableugnenden Beklagten bewiesen hat, sofort Uebertragung des Besitzes erlangen und so den Beweis des Eigenthums sich ersparen [g]. Gegen den Nichtbesitzenden kann als fingirten Besitzer die Klage mit Erfolg angestellt werden, wenn er entweder a) trüglicher Weise auf den Rechtsstreit sich eingelassen hat, als ob er besitze, si liti se obtulit [h], oder b) mit rechtswidrigem Vorsatz des Besitzers sich entäußert hat, si dolo malo possidere desiit [i], nicht auch, wenn er ohne Dolus zu besitzen aufgehört hat [k]. Gegenstand der Klage kann eine bestimmte einzelne Sache seyn [l], oder ein intellectueller Theil derselben [m], bei Grundstücken auch ein reeller Theil (locus certus) [n], oder auch eine Sachgesammtheit, z. B. eine Heerde, als Ganzes [o]. Ist eine bewegliche Sache, ohne Eigenthumsänderung (§. 152.), mit einer andern Sache körperlich verbunden, so muß deren Vindication, wo möglich (§. 131. a. E.), durch Klage auf Trennung (actio ad exhibendum) vorbereitet werden [p].

Anm. [1] Die neueste ausführliche Erörterung der Lehre von der rei vindicatio enthält Schmid Hdb. §. 15. S. 268…352. Vgl. Wetzell, der römische

[a] Dig. de rei vindicatione. 6. 1. Cod. 3. 32. [b] §. 2. J. de act. 4. 6. L. 1. §. 6. D. uti poss. 43. 17. [c] L. 9. D. h. t. [d] L. 2. Cod. ubi in rem actio exerceri debeat. 3. 19. [e] L. 9. 23. pr. D. h. t. L. 28. Cod. h. t. §. 4. J. de interd. 4. 15. [f] L. 36. pr. D. h. t. cf. L. 27. §. 1. eod. [g] L. 80. D. h. t. [h] L. 25 . . . 27. pr. D. h. t. cf. L. 13. §. 13. L. 45. D. de her. pet. 5. 3. [i] L. 27. §. 3. L. 36. pr. D. h. t. cf. L. 20. §. 6. L. 25. §. 8. D. de her. pet. 5. 3. L. 131. L. 157. §. 1. D. de R. J. — L. 3. §. 5. L. 4. pr. §. 1. D. de alienat. iud. mut. 4. 7. [k] L. 27. §. 1. D. h. t. cf. L. 1. Cod. de reb. alien. 4. 51. L. 23. D. de reb. cred. 12. 1. [l] L. 1. §. 1. L. 6. D. h. t. cf. L. 49. §. 1. eod. [m] L. 3. §. 2. L. 5. pr. L. 6. L. 76. §. 1. D. h. t. [n] L. 8. D. h. t. [o] L. 1. §. 3 … L. 4. pr. D. h. t. [p] L. 23. §. 5. D. h. t. L. 6. D. ad exhib. 10. 4. cf. L. 56. D. h. t.

Vindicationsproceß, Leipzig 1845., eine rechtsgeschichtliche Untersuchung, womit zu vergl. Schirmer's zu §. 93. Anm. 1. angeführte Abhandlung. Dazu jetzt: Delbrück, die dingliche Klage des deutschen Rechts. Leipzig 1857. Siehe auch oben §. 129. Anm. 1.

[2] §. 2. in f. J. de act. . . . In controversiis rerum corporalium . . . is agit, qui non possidet, ei vero qui possidet non est actio prodita, per quam neget rem actoris esse. *Sane uno casu, qui possidet, nihilominus actoris partes obtinet,* sicut in latioribus Digestorum libris opportunius apparebit. Ueber diesen viel gesuchten unus casus, dabei insbesondere über die Zulässigkeit der Eigenthumsklage des juristischen Besitzers gegen den in seinem Namen detinirenden Inhaber der Sache, vgl. Fritz in Linde's Ztschr. n. F. I. 2. Dagegen wieder Zimmermann daselbst XI. 8., welcher den unus casus durch Bezugnahme auf das Verhältniß des fictus possessor (§. 167. not. l.) herauskünstelt.

[3] Der Beweis des Eigenthums wird geführt durch den Beweis der Erwerbung, vorbehaltlich des Gegenbeweises spätern Verlustes (§. 114. not. k. l.). Bei abgeleiteter Erwerbung gehört zur Vollständigkeit jenes Beweises auch der Beweis des Eigenthums des Rechtsurhebers, L. 20. pr. D. de acquir. dom. 41. 1., so daß also auf eine ursprüngliche Erwerbart, Ersitzung oder eine andere, zurückzugehen ist. Vgl. Unterholzner im civ. Arch. VII. 13. Falkenstein das. X. 11. gegen Thibaut das. VI. 15. Delbrück S. 2 . . . 4. 283. Dagegen freilich wieder anzweifelnd Brinz I. S. 246. — Ueber den Beweis des Miteigenthums: Arndts im Rh. Mus. III. 12. — Ueber die Zeit, in welcher des Klägers Eigenthum bestehen muß, s. §. 113. Anm. 4. a. c. und Anm. 5. — Vindication widerruflichen Eigenthums: L. 41. pr. L. 66. D. h. t. L. 29. D. de m. c. don. 39. 6.

§. 167.

b) Erfolg der Rei Vindicatio.

Ziel der Eigenthumsklage ist, daß nicht nur des Klägers Recht anerkannt, sondern auch die demselben zugefügte Verletzung aufgehoben werde. Dem siegenden Kläger ist daher vor Allem die Sache selbst herauszugeben [a]. Ist der Beklagte dazu außer Stande, aus einem Grunde, für den er verantwortlich ist, so hat er dem Kläger dafür Ersatz zu leisten (id quod eius interest). Verantwortlich aber ist jeder Beklagte, für seinen Dolus (quia dolo malo possidere desiit), für seine Culpa vom Beginn des Rechtsstreites an; der Besitzer in bösem Glauben haftet von da an selbst für den Zufall, sofern der Schaden im Fall früherer Herausgabe den Kläger nicht betroffen hätte; und zwar kann der Betrag des Schadensersatzes, falls dem Beklagten dolus oder lata culpa zur Last fällt,

[a] L. 10 . . . 13. L. 68. D. h. t. §. 2. J. de off. iud. 4. 17.

durch Schätzungseid des Klägers bestimmt werden [b]. Nach denselben Unterscheidungen ist auch die Ersatzpflicht des Beklagten zu bestimmen, wenn er die Sache nur in verschlechtertem Zustande zu restituiren vermag [c], nur mit dem Zusatz, daß in diesem Fall der Besitzer in bösem Glauben zugleich wegen der vor dem Rechtsstreit begangenen Culpa zum Ersatz verurtheilt wird [d]. Außerdem gebührt dem Kläger in gleichem Maße auch Erstattung alles desjenigen (omnis causa), was zu der Hauptsache hinzugekommen oder durch deren Besitz gewonnen worden ist oder was er jetzt haben würde, wenn ihm dieselbe nicht widerrechtlich vorenthalten worden wäre [e]. Die Früchte insbesondere hat der Besitzer in bösem Glauben alle zu erstatten, bezogene und versäumte, der Besitzer in gutem Glauben aber nur die nicht vor Beginn des Rechtsstreites consumirten, und seitdem alle, auch die durch seine Schuld versäumten, vorausgesetzt, daß nicht ein Anderer, als der Kläger, für die fragliche Zeit auf die Früchte Anspruch hatte [g]. Rücksichtlich dieser Leistungen kann denn auch der Rechtsstreit noch fortgesetzt werden, wenn gleich während desselben der Beklagte, selbst ohne seine Schuld, den Besitz der Sache verloren hat [h]. Derjenige, welcher liti se obtulit, haftet, als ob er zur Zeit der Litiscontestatio die Sache wirklich besessen hätte und nur durch seine Schuld dieselbe zu restituiren außer Stande wäre [i]. Wird dem Kläger anstatt der Sache deren Werth erstattet (litis aestimatio), so ist dieses als Verkauf derselben zu betrachten [k], ausgenommen, wenn der Beklagte dazu verurtheilt worden ist, quia liti se obtulit oder dolo malo possidere desiit, in welchen Fällen dem Kläger die Vindication gegen dritte Besitzer unverkümmert bleibt [l]; hat aber derselbe schon vor dem Urtheil die Sache selbst anderweitig wieder erhalten, so kann er auf Ersatz ihres dermaligen Werthes keinen Anspruch mehr machen [m].

Anm. 1 Ueber die Anwendung des Schätzungseides vgl. §. 115. Anm. 2., über die Hauptregel für die Bestimmung der Ersatzverbindlichkeit §. 113. Anm.

[b] L. 15. §. 3. L. 16. 21. 22. 36. §. 1. L. 63. 68. L. 71. D. h. t. L. 21. Cod. h. t. cf. L. 40. pr. D. de her. pet. 5. 3. — L. 62. pr. D. h. t. [c] L. 13 . . . 15. pr. cf. L. 60. D. h. t. L. 27. §. 2. eod. [d] L. 31. §. 3. D. de her. pet. 5. 3. L. 45. D. h. t. [e] L. 17. §. 1. L. 20. L. 34. 62. D. h. t. cf. L. 75. 81. 246. §. 1. D. de V. S. [f] §. 2. J. l. c. §. 35. J. de rer. div. 2. 1. L. 33. 62. D. h. t. L. 22. Cod. h. t. L. 2. Cod. de fruct. 7. 51. [g] L. 33. in f. L. 35. pr. D. h. t. [h] L. 16. pr. D. h. t. [i] §. 166. not. d. [k] L. 1. 3. D. pro emt. 41. 4. L. 46. 47. D. h. t. [l] L. 7. D. h. t. L. 69. 70. eod. L. 13. §. 14. D. de her. pet. 5. 3. L. 95. §. 9. D. de solut. 46. 3. [m] L. 13. §. 14. cit.

4. b. vgl. mit Anm. 5.; insbesondere L. 40. pr. D. de her. pet. (Paulus): Illud quoque, quod in oratione Divi Hadriani est, ut post acceptum iudicium id actori praestetur, quod habiturus esset, si eo tempore, quo petiit, restituta esset hereditas, interdum durum est. Quid enim, si post litem contestatam mancipia aut iumenta aut pecora deperierint? Damnari debebit secundum verba orationis, quia potuit petitor distraxisse ea. Et hoc iustum esse in specialibus petitionibus Proculo placet, Cassius contra sensit. In praedonis persona Proculus recte existimat, in bonae fidei possessoribus Cassius; nec enim debet possessor aut mortalitatem praestare aut propter metum huius periculi temere indefensum ius suum relinquere. L. 15. §. 3. D. h. t. (Ulp.): Si servus petitus vel animal aliud demortuum sit sine dolo malo et culpa possessoris, pretium non esse praestandum, plerique aiunt. Sed est verius, si forte distracturus erat petitor, si accepisset, moram passo debere praestari; nam si ei restituisset, distraxisset et pretium esset lucratus. L. 16. pr. eod. (Paul.) Utique autem etiam mortuo homine necessaria est sententia propter fructus et partus et stipulationem de evictione; non enim post litem contestatam utique et fatum possessor praestare debet. L. 62. pr. eod. (Papin.) Si navis a malae fidei possessore petatur, et fructus aestimandi sunt, ut in taberna et area quae locari solent...... quoniam periculum navis possessor petitori praestare non debet. Vgl. L. 14. §. 1. D. depos. 16. 3. L. 14. §. 11. D. quod. met. 4. 2., und über die verschiedenen Erklärungen Arndts im Rtslex. V. S. 224. Wetzell a. a. O. S. 175. fg. Sav. VI. S. 177...197. Schmid §. 15. not. 101...103. Mommsen Beitr. z. Obligationenrecht III. 79. 186. 188. fg. — Ueber den Ersatz der Früchte, insbesondere der fructus percipiendi, Sav. VI. §. 265...267. Schmid not. 108...110. Vang. §. 333.

2 Die fingirten Besitzer betreffend sagt L. 131. D. de R. J.: Dolus pro possessione est; L. 157. §. 1. eod.: Semper qui dolo fecit, quominus haberet, pro eo habendus est, ac si haberet; und L. 13. §. 14. D. de her. pet.: Omnem, qui se offert petitioni, quasi possidentem teneri. Aber L. 45. D. eod.? Qui se liti obtulit, quum rem non possideret, condemnatur, nisi si evidentissimis probationibus possit ostendere, actorem ab initio litis scire, eum non possidere; quippe isto modo non est deceptus. Et qui se hereditatis petitioni obtulit, ex doli clausula tenetur; *aestimari scilicet oportebit, quanti eius interfuit non decipi.* Vgl. Schmid S. 281. fg.; über die Meinung, daß die Leistung der litis aestimatio auch demjenigen, qui dolo possidere desiit, Anspruch auf die Sache selbst gebe, das. S. 283...285. Vang. §. 332. Anm. 3.

Wirkung der rei vindicatio gegen den Erben: L. 42. D. h. t. Si in rem actum sit, quamvis heres possessoris, si non possideat, absolvatur, tamen si quid ex persona defuncti commissum sit, omnimodo in damnationem veniet. L. 51. eod. Si in rem actum sit et in heredem possessoris iudicium datum sit, culpa quoque et dolus malus heredis in hoc iudicium venit. cf. L. 52. 55. eod. (§. 104. Anm. 2.)

§. 168.

c) Beschränkung des Erfolgs durch Ansprüche des Beklagten.

Der Erfolg der R. V. kann durch Rechtsansprüche des Beklagten, welche für diesen eine Exceptio begründen, ganz oder gewissermaßen ausgeschlossen werden. So hat 1) jeder Beklagte, mit Ausnahme des Diebes [a], Anspruch auf Ersatz der von ihm auf die Sache (nicht donandi animo) gemachten nothwendigen Verwendungen (impensae necessariae), der Besitzer in gutem Glauben auch der nützlichen (impensae utiles), den er durch doli exceptio geltend machen kann, während wegen der letzten der Besitzer in bösem Glauben, wegen aller andern Verwendungen (impensae voluptariae) jeder Beklagte nur das Recht hat, das Product derselben, so weit es mit Vortheil für ihn und ohne Schaden für den Gegner geschehen kann, wegzunehmen, ius tollendi [b]. Ersatz des Preises dagegen, für welchen er die Sache erworben, kann der Beklagte regelmäßig [c] nicht fordern [d], sofern er nicht unter den Gesichtspunkt einer zu erstattenden Verwendung für die Sache fällt [e]. Verwendungen auf Erzielung von zu restituirenden Früchten aber mindern von selbst den Betrag der letzten [f], jedoch, sofern der Beklagte für versäumte Früchte haftet, nur so weit sie nicht durch Schuld des Beklagten das erforderliche Maß überschreiten [g]. Andrerseits kann dem redlichen Besitzer gegenüber der Werth der von diesem gewonnenen Früchte, die er nicht zu ersetzen braucht, von dem ihm gebührenden Ersatz für Verwendungen auf die Sache selbst in Abrechnung gebracht werden [h]. 2) Eine Einrede des Beklagten kann sich auch auf ein demselben zustehendes dingliches Recht gründen, kraft dessen er die Sache herauszugeben nicht schuldig sey, z. B. auf ein Pfandrecht oder das Recht des Nießbrauchs, desgleichen 3) auf ein obligatorisches Verhältniß zum Kläger, kraft dessen dieser ihm die Sache zu lassen verpflichtet sey. Eine Einrede der letzten Art ist die exceptio rei venditae et traditae [i].

[a] L. 13. D. de cond. furt. 13. 1. L. 1. Cod. de infant. expos. 8. 52. [b] L. 27. §. 5 . . . L. 30. L. 37. 38. D. h. t. L. 5. 16. Cod. h. t. §. 30 . . . 34. J. de rer. div. 2. 1. cf. L. 79. D. de V. S. Dig. de impensis in res dotales factis. 25. 1. (§. 92. Anm. 2. §. 101.) not. l. §. 152. Anm. 4.) [c] cf. L. 14. 16. Cod. de praed. min. 5. 71. [d] L. 3. 23. Cod. h. t. L. 2. Cod. de furt. 6. 2. [e] arg. L. 6. §. 8. D. de negot. gest. 3. 5. [f] L. 46. D. de usur. 22. [g] L. 1. Cod. de fruct. 7. 51. (§. 167.) [h] L. 48. 65. D. h. t. [i] Dig. de exceptione rei venditae et traditae. 21. 3.

Anm. Was die letztgenannte Einrede betrifft, so ist sie 1) buchstäblich, obwohl auch hier doli exceptio anstatt derselben zulässig ist, in folgenden Fällen anwendbar: a) wenn der Kläger als Nichteigenthümer dem Beklagten verkauft und tradirt hat, nachher aber Eigenthümer geworden ist. L. 1. pr. L. 2. D. h. t. 21. 3. L. 17. D. de evict. 21. 2. L. 72. D. de rei vind. 6. 1. b) wenn er, oder in seinem Auftrag ein Anderer, unter einer stillschweigenden oder ausdrücklichen Bedingung verkauft und tradirt hat, und er nun vor deren Entscheidung vindicirt. L. 1. §. 2. D. h. t. 21. 3. cf. L. 7. §. 3. D. de iure dot. 23. 3. c) wenn er als Pfandgläubiger oder im Auftrag eines Andern unwissend seine eigene Sache verkauft und tradirt hatte. L. 10. D. de distr. pign. 20. 6. L. 49. D. mand. 17. 1. (§. 145. Anm. 2.). d) wenn er Erbe des verkaufenden Nichteigenthümers geworden ist. L. 1. §. 1. D. h. t. 21. 3. L. 73. D. de evict. 21. 2. L. 14. Cod. de rei vind. 3. 32. L. 14. Cod. de evict. 8. 45. 2) Verwandte Fälle, in welchen aus gleichem Grunde doli oder in factum exceptio, wenn gleich nicht exceptio rei venditae et traditae, stattfindet, sind: a) wenn der Kläger als Eigenthümer die Sache verkauft, nicht tradirt hatte, der Beklagte aber auf andere Weise, sine vitio, den Besitz erlangt hat. L. 1. §. 5. D. h. t. 21. 3. b) wenn er zum Verkauf der Sache den Auftrag ertheilt, nachher aber die Uebergabe derselben ohne rechtlichen Grund nicht hat gestatten wollen (exceptio *si non auctor meus ex voluntate tua vendidit*). L. 14. D. de Publ. act. 6. 2. cf. L. 1. §. 2. 3. D. h. t. L. 7. §. 6. D. pro emt. 41. 4. c) wenn der Kläger dem Beklagten für die Sicherheit seines Erwerbes, wegen Evictionsleistung, sich verbürgt hatte. L. 11. Cod. de evict. 8. 45. cf. L. 31. Cod. eod. d) wenn der Geber die vor Eingehung der Ehe übergebenen Dotalsachen vor Auflösung des Verlöbnisses vindicirt. L. 7. §. 3. D. de iure dot. 23. 3. — Diese in den Quellen vorkommenden Fälle sind nicht erschöpfend; insbesondere kann auch aus andern Veräußerungsgeschäften eine gleiche Einrede hervorgehen, nach dem im §. angegebenen Princip. Nicht durchaus zutreffend die Regel: *quem de evictione tenet actio, eum agentem repellit exceptio.* Vgl. Vang. §. 334. — Wirksamkeit der Einrede gegen die Successoren, beziehungsweise zum Vortheil derselben. L. 2. 3. D. h. t. — Gebrauch derselben als replicatio gegen die exceptio dominii: L. 2. D. h. t. L. 72. D. de rei vind. 6. 1. L. 4. §. 32. D. de doli mali exc. 44. 4. — Ausschließung derselben durch replicatio: L. 1. §. 5. D. h. t. L. 7. §. 6. D. pro emt. 41. 4. L. 32. §. 2. D. ad Sc. Vell. 16. 1. — Vgl. überhaupt, insbesondere auch in rechtsgeschichtlicher Beziehung: Michelsen, de exceptione rei venditae et traditae. Berol. 1824. Wiebeking, über die Exceptio rei venditae et traditae nach älterm und neuerm R. Rt. München 1847.

§. 169.

2) Negatoria in rem actio [a].

Zum Schutze gegen Eingriffe in das Eigenthum, welche dem Eigenthümer zwar nicht die Herrschaft über die Sache ganz

[a] Dig. si usufructus petatur vel ad alium pertinere negetur. 7. 6. si servitus vindicetur vel ad alium pertinere negetur. 8. 5.

entziehen, aber, wenn rechtlich begründet, eine Beschränkung des Eigenthums, nach seiner positiven oder negativen Seite, enthalten würden [b], ist dem Eigenthümer eine eigene Klage gegeben, negatoria oder negativa in rem actio, so genannt, weil sich darin die Negation eines Rechts des Beklagten ausspricht [c]. Ihr Grund ist, wie der der Rei Vindicatio, das Eigenthum, als das Recht vollkommener und ausschließlicher Herrschaft über die Sache; dieses, und zunächst nur dieses, hat daher der Kläger zur Begründung der Klage zu beweisen [d]. Ihre Veranlassung ist eine anmaßliche Beschränkung des Eigenthums, wozu aber hier auch schon die Behauptung eines das Eigenthum beschränkenden Rechts genügt [e]. Ihr Zweck ist zunächst Anerkennung der Freiheit des Eigenthums und demzufolge Unterlassung der Störung, nach Umständen auch Sicherheitsleistung gegen deren Wiederkehr (sog. cautio de non amplius turbando), Wiederherstellung des rechtmäßigen Zustandes und Ersatz für die erlittene Verletzung [f].

Anm. 1 Den Gegensatz der negatoria bildet die confessoria in rem actio, die zur Geltendmachung von Servituten dient (not. a. c.). Einige behaupten jedoch, die Klage sowohl des Eigenthümers als des Servitutberechtigten heiße bald confessoria bald negatoria actio, je nachdem jener entweder eine negative oder eine affirmative Servitut abwehre, dieser entweder eine affirmative oder eine negative Servitut geltend mache, arg. §. 2. J. 4. 6. und Theophil. ad h. l. Dagegen Vang. §. 353. Anm. 1. Schmidt (von Ilmenau), in der Zeitschr. für gesch. Rtsw. XV. S. 159...161. Eine besondere prohibitoria actio des Eigenthümers hat jetzt in byzantinischen Rechtsquellen entdeckt Zachariä Zeitschr. für gesch. Rtsw. XII. 8.; diese unterschied sich aber nur durch eine anders abgefaßte Formula von der negatoria actio *(si paret, ius Aulo Agerio esse prohibendi Numerium Negidium uti frui* u. dergl., anstatt: *si paret, ius Numerio Negidio, non esse, uti frui invito Aulo Agerio);* materiell war und ist sie nicht verschieden von dieser. Schmidt a. a. O. S. 165...169. Stephan das. XIV. 8. Vgl. Pernice commentationes iur. rom. Halis. 1855. S. 134. fg. Witte in Linde's Ztschr. n. F. XIII. S. 386. fg.

2 Streitig ist, ob die negatoria actio gegen jeden partiellen Eingriff ins Eigenthum zulässig sey? (jetzt die herrschende Meinung, Vang. §. 353. Schmid Hdb. §. 17. S. 370.) oder nur gegen einen solchen, zu welchem das Recht als Servitut bestehen könnte? (Fritz Erläutr. S. 366. Schmidt a. a. O.

b L. 8. §. 5. L. 13. 14. §. 1. L. 17. D. si serv. vind. L. 2. D. de arb. caed. 43. 27. L. 6. §. 2. D. arb. furtim caes. 47. 7. cf. L. 8. §. 6. D. si serv. vind. L. 11. eod. L. 28. D. comm. div. 10. 3. c §. 2. J. de act. 4. 6. L. 2. pr. D. si serv. vind. L. 5. pr. D. si ususfr. pet. d L. 5. pr. cit. cf. L. 7. D. de aqua 43. 20. L. 10. Cod. de pign. act. 4. 24. e L. 5. §. 6. D. de ususfr. pet. cf. L. 6. §. 1. D. si serv. vind. L. 14. pr. eod. f L. 6. §. 6. cit. L. 4. §. 2. L. 9. pr. L. 12. 14. pr. D. si serv. vind. L. 8. Cod. de servitut. 3. 34.

S. 170...175. Brinz I. §. 67.) Vgl. not. b. Der Streit ist praktisch unerheblich. Vgl. auch Witte a. a. O. S. 409. fg. Eine unzulässige Ausdehnung gibt der Klage jedenfalls Zimmermann im praktischen Arch. II. 13. vergl. das. Schäffer S. 315. fg.

3 Bestritten ist auch der Satz (not. e.), daß eine thätige Störung zur Anstellung der negatoria nicht erforderlich sey, Schmid §. 17. not. 7., aber ohne Grund und dem praktischen Bedürfniß zuwider. arg. L. 14. pr. cit. „tigna . . . si nova *velis* immittere, a me prohiberi." L. 5. §. 6. cit. Sicut fructuario in rem confessoria agenti fructus praestandi sunt, ita et proprietatis domino, si negatoria actione utatur. Sed in omnibus ita demum, si non sit possessor, qui agit, nam et possessori competunt; quodsi possident, nihil fructuum nomine consequentur. Uebrigens kann gegen denjenigen, der im Besitze einer persönlichen Servitut sich befindet und daher die Sache detinirt, auch die rei vindicatio angestellt, und so, in Folge der Einrede des Beklagten, derselbe Erfolg wie durch die negatoria actio des Eigenthümers herbeigeführt werden. L. 7. pr. D. usufr. quemadm. cav. 7. 9. (§. 168. Nr. 2.)

4 Eine der streitigsten Fragen ist die, ob der Beklagte das Daseyn oder der Kläger das Nichtdaseyn der Servitut beweisen müsse? a) die jetzt vorherrschende Ansicht ist: der Kläger habe überall nur sein Eigenthum zu beweisen: Puchta §. 172. not. d. und im Rhein. Mus. I. S. 165. fg. Vang. §. 353. Anm. 2. Schmid S. 373. fg. Pernice a. a. O. S. 180. fg. Witte in Linde's Ztschr. n. F. XIV. 2. u. a. b) die entgegengesetzte: der Kläger habe immer das Nichtdaseyn des gegnerischen Rechts zu beweisen, neuerdings vertheidigt von Pape in Linde's Ztschr. XVI. 6. Du Roi im civ. Arch. XL. 2. c) der Kläger habe diesen Beweis dann zu führen, und nur dann, wenn der Gegner im Besitze der Servitut sey; Seuffert §. 183. Erörtr. II. S. 73. fg. Abh. S. 93. fg., Fritz Erläutr. S. 369. fg., Reuter in Linde's Ztschr. n. F. XII. 15. Heise im civ. Arch. XL. 3. Brinz I. S. 238. fg. d) die grundloseste Meinung: es komme darauf an, ob der Beklagte schon im Besitzstreite über die Servitut gesiegt habe, Glück X. S. 254. fg. Die Praxis schwankt noch, besonders zwischen a. und c. Seuffert Arch. I. 17. 18. 409. II. 142. vgl. X. 139. — Hauptstellen: *α*) L. 5. pr. D. si ususfr. pet. Uti frui ius sibi esse solus potest intendere, qui habet usufructum, dominus autem fundi non potest, quia, qui habet proprietatem, utendi fruendi ius separatum non habet. (Gewiß unrichtig interpungirt Böcking Pand. II. §. 2.: *proprietatem utendi fruendi, ius sep. etc.*) Nec enim potest ei suus fundus servire; de suo enim, non de alieno iure quemque agere oportet. Quamquam enim actio negativa domino competat adversus fructuarium, magis tamen de suo iure agere videatur, quam alieno, quum invito se negat ius esse utendi fructuario vel sibi ius esse prohibendi. Quodsi forte qui agit dominus proprietatis non sit, quamvis fructuarius ius utendi non habeat, vincet tamen iure, quo possessores sunt potiores, licet nullum ius habeant. *β*) L. 8. §. 3. D. si serv. vind. Sed si quaeritur, quis possessoris, quis petitoris partes sustineat, sciendum est, possessoris partes sustinere, si quidem tigna immissa sint, eum

qui servitutem sibi deberi ait; si vero non sunt immissa, eum qui negat. γ) L. 15. D. de op. novi nunt. 39. 1. Si priusquam aedificatum esset, ageretur, ius vicino non esse aedes altius tollere, nec res ab eo defenderetur, partes iudicis non alias futuras fuisse, ait, quam ut eum, cum quo ageretur, cavere iuberet, non prius se aedificaturum, quam ultro egisset, ius sibi esse altius tollere. Idemque e contrario, quum quis ageret, ius sibi esse invito adversario altius tollere, eo non defendente similiter, inquit, officio iudicis continebitur, ut cavere adversarium iuberet, nec opus novum se nuntiaturum nec aedificanti vim facturum. Eaque ratione hactenus is, qui rem non defenderet, punietur, ut de iure suo probare necesse haberet; id enim esse, petitoris partes sustinere. — Ueber die letzte Stelle vgl. noch eine besondere Meinung von Löhr Mag. III. S. 511. fg., dagegen Vang. (6. Aufl.). S. 881.

§. 170.

B. Schutz des Ersitzungsbesitzes.

Publiciana in rem actio [a].

Wer nach begonnener aber vor vollendeter Ersitzung den Besitz der Sache verliert, kann der Eigenthumsklage sich nicht bedienen, aber es ist ihm eine dieser nachgebildete dingliche Klage (utilis rei vindicatio) gegeben [b], die großentheils denselben Zweck erfüllt. Dies ist die Publiciana in rem actio. Sie gründet sich darauf, daß er den zur ordentlichen Ersitzung geeigneten Besitz der ersitzungsfähigen Sache erworben hatte [c], worauf sich auch der dem Kläger obliegende Beweis beschränkt. Sie ist aber erfolglos gegen den Beklagten, welcher mit besserem Recht, insbesondere als Eigenthümer, geschützt durch die exceptio dominii [d], oder nur mit gleichem Recht [e], besitzt. Sonst steht sie in Beziehung auf Gegenstand, Veranlassung, Beklagten und Wirkung der Eigenthumsklage gleich [f]. Auch als Negatoria ist die Publicianische Klage anwendbar.

Anm. 1 L. 1. pr. D. h. t. Ait praetor: *Si quis id quod traditur ex iusta causa non a domino et nondum usucaptum petet, iudicium dabo.* cf. L. 7. §. 11. eod. Praetor ait: *qui bona fide emit.* Die Formula der Klage bei Gai. l. c. *Iudex esto. Si quem hominem Aulus Agerius emit et*

[a] Dig. de Publiciana in rem actione. 6. 2. [b] §. 4. J. de action. 4. 6. L. 7. §. 6. D. h. t. cf. Gai. IV. 36. [c] L. 1. pr. et sqq. D. h. t. [d] L. 16. 17. D. h. t. cf. L. 72. D. de rei vind. 6. 1. L. 2. D. de exc. rei vind. 21. 3. L. 4. §. 32. D. de doli mali exc. 44. 4. L. 49. in f. D. mandati 17. 1. — L. 24. D. de exc. rei iud. 44. 2. L. 28. D. de nox. act. 9. 4. [e] L. 9. §. 4. D. h. t. cf. L. 31. §. 2. D. act. emti. 19. 1. [f] L. 7. §. 6. 8. D. h. t.

is ei traditus est, anno possedisset, tum si eum hominem de quo agitur eius ex iure Quiritium esse oporteret (oportere paret?), et reliqua. Vgl. §. 4. J. 4. 6. . . . „inventa est a praetore actio, in qua dicit is, qui possessionem amisit, eam rem se usucepisse, et ita vindicat suam esse." §. 3. ibid. „diceret se quasi usucepisse, quod non usuceperit." — Das Edict lautete beschränkt auf Erwerb durch Tradition; aber die Klage wurde auch auf andere Erwerbfälle ausgedehnt. L. 1. §. 2. L. 2. 7. pr. L. 13. pr. D. h. t. Sofern nun eine Erwerbart des Eigenthums Besitzerwerb nicht erfordert, ist consequent auch zur Begründung der Publiciana actio derselbe nicht für erforderlich zu halten. arg. L. 1. §. 2. L. 11. §. 2. L. 12. §. 1. L. 15. D. h. t. cf. L. 7. §. 16. eod. Schmid §. 16. not. 21. 22. Vang. §. 335. (S. 756.) — Ueber die Beziehung der Publiciana zur Usucapio vgl. noch L. 7. §. 2. D. h. t. Marcellus . . . scribit, eum, qui a furioso ignorans eum furere emit, posse usucapere. Ergo et Publicianam habebit. Damit scheinbar im Widerspruch L. 2. §. 16. D. pro emt. 41. 4. „nec Publiciana competit" (§. 159. Anm. 2.); man kann hinzudenken: „adversus furiosum"; jedenfalls geht L. 7. §. 2. vor, nach §. 13. a. E.

2 Fraglich, ob fortdauernde bona fides erforderlich sey? a) nach R. R.? L. 7. §. 11...17. D. h. t. vgl. L. 11. §. 3. eod. Interdum tamen, licet furtiva mater distracta non sit sed donata ignoranti mihi, et apud me conceperit et pepererit, competit mihi in partu Publiciana, ut Julianus ait, si modo eo tempore, *quo experiar*, furtivam matrem ignorem. Zu lesen mit Cujacius: „*quo et pariat*"? oder mit Buchholtz: „*quo ea pariat*"? cf. L. 4. D. pro suo 41. 10. b) nach heutigem Rt? (§. 159.). Schmid §. 16. not. 17. 18.; dagegen Vang. §. 335. (S. 759.).

3 Ueber das Verhältniß mehrerer bonae fidei possessores (not. e.): L. 9. §. 4. h. t. (Ulp.) Si duobus quis separatim vendiderit bona fide ementibus, videamus, quis magis Publiciana uti possit, utrum is, cui priori res tradita est, an is, qui tantum emit? Et Julianus . . . scripsit: ut si quidem ab eodem non domino emerint, potior sit, cui priori res tradita est, quodsi a diversis non dominis, melior causa sit possidentis quam petentis: quae sententia vera est. Dagegen L. 31. §. 2. cit. (Nerat.) Uterque nostrum eandem rem emit a non domino, cum emtio venditioque sine dolo malo fieret, traditaque est: sive ab eodem emimus sive ab alio atque alio, is ex nobis tuendus est, qui prior ius eius adprehendit, hoc est, cui primum tradita est. Si alter ex nobis a domino emisset, is omnimodo tuendus est. Vgl. Vang. §. 335. a. E. Schmid S. 364. fg. — Vgl. übrigens überhaupt noch Delbrück, die dingliche Klage des deutschen Rechts, §. 3. 4. 58...62., welcher der römischen Publiciana Actio für das heutige Recht eine weiter umfassende „Klage aus älterem Besitz" substituirt.

C. Schutz des Eigenthumsbesitzes überhaupt.

§. 171.

Zum Schutze des Eigenthumsbesitzes überhaupt, und so denn auch zum Schutze des abgeleiteten juristischen Besitzes, sind eigene

prätorische Rechtsmittel gegeben, interdicta retinendae und recuperandae possessionis [a]. Die ersten, bezweckend die Erhaltung des gegenwärtigen Besitzes gegen Anfechtung eines Andern, dienen vorzüglich dazu, eine Entscheidung des Streites darüber, wer gegenwärtig besitze, herbeizuführen [b]; sie sind insofern der Eigenthumsklage zu vergleichen, welche eine Entscheidung über das Eigenthum (de proprietate), wie jene über den Besitz (de possessione), bezweckt, und sie dienen (als sog. Possessorium) zur Vorbereitung des Streites über das Eigenthum (Petitorium), sofern bei diesem die Parteirolle von dem Besitze abhängt [1]; doch sind sie auch anwendbar, um solche Störungen abzuwehren, welche zwar nicht den Bestand des Besitzes schlechthin anfechten, aber doch denselben theilweise durch anmaßende Beschränkung der Verfügung über die Sache beeinträchtigen [c], in ähnlicher Weise, wie durch die negatoria actio das Recht zu solcher Beschränkung bekämpft wird [2]. Die interdicta recuperandae possessionis dagegen sind wesentlich nur auf Erfüllung der durch die widerrechtliche Besitzentziehung entstandenen Restitutionspflicht gerichtet, die unter den Gesichtspunkt einer obligatio ex delicto fällt; zum Schutze des bestehenden Besitzes dienen sie nur etwa mittelbar, dadurch, daß sie überhaupt stattfinden, dürfen jedoch des Zusammenhangs und dieser ihrer Bestimmung wegen schon an diesem Orte zugleich mit abgehandelt werden [3].

Anm. [1] L. 1. §. 2. 3. D. uti possid. Huius autem interdicti *(uti possidetis)* proponendi causa haec fuit, quod separata esse debet possessio a proprietate; fieri etenim potest, ut alter possessor sit, dominus non sit, alter dominus quidem sit, possessor vero non sit; fieri potest, ut et possessor idem et dominus sit. §. 3. Inter litigatores ergo quoties est proprietatis controversia, aut convenit inter litigatores, uter possessor sit, uter petitor, aut non convenit. Si convenit, absolutum est; ille possessoris commodo, quem convenit possidere, ille petitoris onere fungetur. Sed si inter ipsos contendatur, uter possideat, quia alteruter se magis possidere affirmat, tunc si res soli sit, de cuius possessione contenditur, ad hoc interdictum remittentur. Vgl. not. b. Eine abweichende Theorie über das Wesen der interdicta retinendae possessionis wird aufgestellt von Savigny R. des Besitzes §. 37...39. vgl. §. 6 und 12 a., wornach auch diese wesentlich als Klagen ex maleficio zu denken und daher ins Obligationenrecht zu stellen wären, indem der angegebene Hauptfall ihrer

[a] §. 4...6. J. de interdictis. 4. 15. [b] L. 1. §. 2. 3. D. uti possid. 43. 17. §. 4. J. l. c. cf. Gai. IV. 148. L. 35. D. de poss. 41. 2. [c] L. 1. pr. §. 4. L. 3. §. 4...7. D. uti possid. L. 52. §. 1. D. de poss. 41. 2. L. 8. §. 5. in f. D. si serv. vind. 8. 5. cf. L. 11. D. de vi. 43. 16.

Anwendung durch die Fiction einer zu befürchtenden Gewaltthätigkeit erklärt wird. Vgl. dagegen Vang. §. 336. Puchta Vorles. §. 133. Mühlenbruch §. 239. not. 10.; auch Rudorff in der Ztschr. für gesch. Rtsw. XI. S. 334. und Schmid Interdictenverfahren S. 187., welche letztere nur der Einführung der duplex forma interdicti jenen Zweck unterlegen: arg. L. 1. §. 26. D. de aqua quot. 43. 20.

2 Bestritten wurde diese Anwendung der genannten Interdicte von Vang. (5. Aufl.) §. 336. S. 605., welcher dieselben nur gegen denjenigen anwendbar hielt, der selbst auch Besitzer (der Sache) seyn will. Vgl. dagegen not. c., insbesondere L. 1. pr. D. 43. 17. *Uti* . . . possidetis, quominus *ita* possideatis, vim fiero veto. L. 8. §. 5. D. 8. 5. Sed et interdictum uti possidetis poterit locum habere, si quis prohibeatur *qualiter velit* suo uti. Savigny a. a. O. S. 478. Puchta Inst. II. S. 534. fg. Bruns Rt des Besitzes S. 47. fg. und jetzt auch Vang. 6. Aufl. S. 776. vgl. Seuffert's Arch. V. 172. Zu weit geht freilich Thibaut im civ. Arch. XVIII. S. 321., indem er das interdictum uti possidetis für anwendbar hält, wenn „in der Nacht Spectaculanten in das Haus bringen, darin herumschreien, an die Thüren klopfen, die Thüren aufreißen" u. s. w. Vergl. jedoch Schmidt a. a. O. S. 51. 152.

3 Nicht hieher gehören die interdicta adipiscendae possessionis, die nur in Bezug auf bestimmte Rechtsverhältnisse stattfinden. §. 3. J. l. c.

§. 172.

1) Interdicta retinendae possessionis.

Zum Schutze des gegenwärtigen Besitzes gibt es zwei Interdicte mit besondern Namen[1], das interdictum uti possidetis für unbewegliche[a], das interdictum utrubi für bewegliche Sachen[b], nach Justinianischem Recht übrigens nicht mehr verschieden[c]. Veranlassung derselben ist eine Anfechtung des Besitzes, diese bestehe nun blos in Bestreitung des Besitzes oder in thätlicher Störung desselben[d]. Ihr Zweck ist: Anerkennung des Besitzes, Schadensersatz wegen der vergangenen Störung, Unterlassung künftiger Störung[e], wofür nach Umständen Sicherheit zu leisten ist (cautio de non amplius turbando). Aber diese Interdicta sind duplicia interdicta[f]; der Kläger kann eben so wohl verurtheilt werden wie der Beklagte, indem beide Parteien gleichmäßig als Kläger und Beklagte zu behandeln sind (§. 99.). Den Sieg gewinnt diejenige Partei, welche gegenwärtig den juristischen Besitz hat, vorausgesetzt,

a Dig. uti possidetis. 43. 17. Cod. 8. 6. b Dig. utrubi. 43. 31. c §. 4. in f. J. l. c. L. 1. §. 1. D. l. c. cf. Gai. IV. 150...152. d §. 171. not. b. c. e L. 1. pr. §. 1. L. 3. §. 11. D. uti possid. 43. 17. cf. L. un. Cod. h. t. f §. 7. J. l. c. L. 3. §. 1. D. l. c. L. 2. pr. D. de interd. 43. 1.

daß sie ihn nicht unrechtlicher Weise (vi, clam oder precario, §. 136.) gerade der Gegenpartei entzogen hat [g]; ist dieses der Fall, so nützt ihr der gegenwärtige Besitz nicht, und so kann der gegenwärtig nicht besitzende Kläger, eben so wohl wie der nicht besitzende Beklagte, durch diesen Rechtstreit auch den Besitz wieder erlangen [2], den die Gegenpartei auf fehlerhafte Weise von ihm erhalten hat [h]. Der Anspruch auf Schadensersatz verjährt übrigens durch Ablauf eines utilis annus (§. 90.) von Zeit der begangenen Besitzstörung an [3], sofern nicht der Gegner noch jetzt Vortheil davon hat [i].

Anm. [1] Vgl. a) L. 1. pr. D. h. t. 43. 17. Ait praetor: *uti eas aedes, quibus de agitur, nec vi nec clam nec precario alter ab altero possidetis, quo minus ita possideatis, vim fieri veto. De cloacis hoc interdictum non dabo; neque pluris, quam quanti res erit, intra annum, quo primum experiundi potestas fuerit, agere permittam.* cf. Fest. v. possessio: *uti possidetis eum fundum;* auch: *uti possidetis eum locum*, arg. L. 3. §. 6. D. uti possid. L. 60. D. de V. S. b) L. 1. pr. D. utrubi. 43. 31. Praetor ait: *Utrubi hic homo, quo de agitur, maiore parte huiusce anni fuit, quominus is eum ducat, vim fieri veto.* §. 1. Hoc interdictum de possessione rerum mobilium locum habet; sed obtinuit, vim eius exaequatam fuisse *uti possidetis* interdicto, quod de rerum (Vulg. *rebus*) soli competit, ut is et in hoc interdicto vincat, qui nec vi nec clam nec precario, dum super hoc ab adversario inquietatur, possessionem habet. Vgl. überhaupt Savigny a. a. O. Bruns a. a. O. §. 6. Schmidt a. a. O. S. 49. fg. S. 69.

[2] Dies wird noch von Savigny S. 483. 491. nicht angenommen, indem er nur dem Beklagten eine exceptio vitiosae possessionis gibt, die aber dann doch selbst eine Verurtheilung des fehlerhaft besitzenden Klägers bewirken soll. So auch Sint. §. 26. not. 19. Seuffert §. 412. not. 17. Vgl. dagegen Vang. §. 336. Puchta §. 133. Keller in der Ztschr. für gesch. Rtsw. XI. 9. Bruns S. 57. fg. Das Edict versprach ausdrücklich nur in so weit Schutz, uti nec vi nec clam nec precario alter ab altero possidetis; daher erklärt sich, daß in den Quellen eine *exceptio* vitiosae possessionis fast gar nicht vorkommt; nur einmal, beim Quasibesitz, wird die Berufung auf Fehlerhaftigkeit des gegnerischen Besitzes als exceptio bezeichnet. L. 1. §. 11. D. de itin. 43. 19. cf. L. 15. §. 4. 5. D. quod vi. Schmidt a. a. O. S. 111. fg. Dieser Schriftsteller bestreitet S. 112. fg. vgl. S. 183. fg. mit sehr scheinbaren aus dem Wesen des alten Interdictverfahrens hergenommenen Gründen die oben behauptete Wirkung der Duplicität des Interdicts, selbst auch die von Savigny angenommene einseitige zu Gunsten des nicht besitzenden Beklagten: „aus den duplicia interdicta folgen nämlich keine duplicia iudicia, sondern einfache actiones."

[g] L. 1. pr. § 9. L. 2. 3. pr. D. uti possid. L. 53. D. de poss. 41. 2. [h] L. 3. pr. cit. L. 1. §. 1. D. utrubi. §. 4. J. l. c. cf. Gai. IV. 166 . . . 168. [i] L. 1. pr. D, uti poss. L 4. D. de interd. 43. 1.

S. 184. not. 6. Nach dieser Ansicht würde die Duplicität der Interdicte im Justinianischen Rechte gar keinen Sinn mehr haben, da nun ein Interdictum im alten Sinn überall nicht mehr vorkommt, und nur noch von Klagen wegen Verletzung des in der Interdictsformel allgemein ausgesprochenen Verbots der Besitzstörung die Rede seyn kann; es hätte also keinen Sinn, wenn §. 5. J. de interd. sagt: „par utriusque litigatoris in his conditio est, nec quisquam praecipue reus vel actor intelligitur, sed unusquisque tam rei quam actoris partes sustinet, gerade so wie nach L. 2. §. 1. D. comm. div. in den iudiciis divisoriis „par causa omnium videtur." Und das praktische Ergebniß dieser Ansicht ist höchst unbefriedigend. Ist nämlich der Besitz streitig zwischen A und B, und es ergibt sich in Folge der Besitzklage des ersten, daß A zwar besitze, aber fehlerhaft, so wird B lediglich absolvirt; es wird dadurch ein ewiger Krieg des B gegen A gewissermaßen sanctionirt, und B, um diesem ein Ende zu machen, genöthigt, nun erst das interdictum recuperandae possessionis anzustellen, obwohl schon fest steht, daß dessen Voraussetzungen vorhanden sind; ergibt sich dagegen, daß B fehlerhaft besitze, so wird A ebenfalls abgewiesen und genöthigt, zu dem bereits als begründet erkannten interdictum recup. poss. zu greifen, oder kann nun seinerseits einen thätlichen Krieg gegen B eröffnen, da diesem gegen ihn ein wirksames interdictum retin. poss. nicht zusteht, nach Savigny's Ansicht dieses vielmehr den Erfolg haben würde, daß jener den Besitz wieder erlangte. Wie unvollkommen demnach der Zweck, zu welchem die duplex forma interdicti eingeführt seyn soll (§. 171. Anm. 1. a. E.), erreicht würde, ist einleuchtend.

3 Mit Unrecht wird diese Verjährung auch auf die Einwendung der Fehlerhaftigkeit des gegnerischen Besitzes bezogen. Vang. §. 336. S. 776. Puchta §. 133. not. g. Dagegen L. 4. D. de interd. und L. 1. §. 5. D. uti possid. Perpetuo autem huic interdicto insunt haec: *quod nec vi nec clam nec precario ab illo possides.* Vgl. Rudorff in der Ztschr. für gesch. Rtsw. XI. S. 335. „Schadensersatz für vergangene Verletzungen . . . ist die einzige (Function des Interdicts), für welche die Verjährung des Interdicts einen Sinn hat." Vgl. auch Schmid a. a. O. S. 119.

4 Neben den interdicta retinendae possessionis oder dem sogenannten possessorium ordinarium, wodurch im Fall des Streites entschieden wird, welche Partei während des Petitoriums den Besitz habe, ist in der gemeinrechtlichen Praxis noch ein sogenanntes possessorium summarium oder summariissimum zugelassen, zur Entscheidung über den provisorischen Besitzstand während des possessorium ordinarium, nachdem ein darauf bezügliches Institut des ältern Rechts (fructus licitatio, Gai. IV. 166 . . . 169.) ins Justinianische Recht nicht übergegangen ist. Particularrechtlich aber kommt dieser Gegensatz auch in der Bedeutung vor, daß das possessorium summarium dem gemeinrechtlichen poss. ordinarium gleichsteht, das poss. ordinarium dagegen, ähnlich der Publiciana actio, nur den auf einen Erwerbtitel sich gründenden Besitz betrifft. Vgl. Savigny a. a. O. §. 51. Bruns a. a. O. §. 28. 33. 44. und S. 397. fg. Bayer, Summar. Proc. S. 168. fg. Gemeinrechtliche Geltung aber vindicirt dem possessorium ordinarium in der letzten Bedeutung jetzt wieder in trefflicher

Ausführung Delbrück, die dingliche Klage des deutschen Rechts §. 18. fg. vgl. oben §. 170. Anm. 3. a. E. Vgl. aber dagegen Maassen i. d. Jahrb. d. gem. Rts. II. 13.

§. 173.

2) Interdicta recuperandae possessionis.

Obgleich nach §. 172. auch die interdicta retinendae possessionis dazu führen können, den verlornen Besitz wieder zu erlangen, sofern derjenige, welcher ihn dem Kläger unrechtmäßiger Weise entzogen hat, noch besitzt, so gibt es doch noch besondere von dieser Voraussetzung unabhängige Interdicte, die wesentlich auf Wiedererlangung eines verlornen Besitzes gerichtet sind. Sie sind:

1) das interdictum de vi [a]. Nach römischem Rechte [1] steht dieses demjenigen [b], oder auch den Erben desjenigen [c], welcher durch eine gegen seine eigene oder seines Stellvertreters Person verübte Gewalt [d] aus dem juristischen Besitze [e] einer unbeweglichen Sache [f] verdrängt worden ist (deiectus), gegen denjenigen zu, welcher die gewaltsame Besitzentsetzung selbst vorgenommen, oder durch Andere bewirkt, oder die in seinem Namen vorgenommene genehmigt hat [g], er mag jetzt sich im Besitze befinden oder nicht [h], und zwar auf Wiedererstattung des Besitzes und vollen Schadensersatz, namentlich auch Ersatz aller andern Sachen, welche dem Dejicirten durch die Dejection verloren gegangen sind [i], jedoch nur innerhalb eines annus utilis, nach dessen Ablauf nur mehr in id, quod ad deiicientem pervenit, geklagt werden kann [k]. Mit gleicher Beschränkung findet auch gegen die Erben des Dejicienten eine Klage statt [l], sodann gegen denjenigen, in dessen Namen zwar, aber ohne dessen Auftrag oder Genehmigung, durch von ihm abhängige Personen die Besitzentsetzung verübt worden ist [m], nicht auch gegen denjenigen, auf welchen sonst von dem Dejicienten der Besitz übergegangen ist [n]. Als gewaltsamer Besitzer soll aber auch derjenige belangt werden können, welcher des Grundstücks eines Abwesenden sich bemächtigt hat [o]. Nach canonischem Rechte ist nicht nur die

[a] Dig. de vi et de vi armata. 43. 16. Cod. unde vi. 8. 4. si per vim vel alio modo absentis perturbata sit possessio. 8. 5. [b] L. 1. pr. §. 1. D. h. t. [c] L. 1. §. 44. D. h. t. [d] L. 1. §. 3. 22. 28. 29. D. h. t. [e] L. 1. §. 9. 10. 23 . . . 26. eod. L. 1. Cod. si per vim. 8. 5. [f] L. 1. §. 3 . . . 6. D. eod. §. 6. J. de interd. 4. 15. [g] L. 1. §. 11 . . . 18. L. 3. §. 10 . . . 12. D. h. t. [h] L. 1. §. 13. 42. L. 15. 16. eod. [i] L. 1. §. 31 . . . 41. L. 6. 9. §. 1. L. 10. 15. D. eod. L. 9. Cod. h t. 8. 4. [k] L. 1. pr. §. 39. D. h. t. [l] L. 1. §. 48. L. 2. 3. pr. L. 9. pr. eod. [m] L. 1. §. 15. 19. eod. [n] L. 3. §. 10. D. uti possid. 43. 17. [o] L. 11. Cod. h. t. 8. 4. (Justinianus Joanni p. p. a. 532.).

Haftung der Erben des gewaltsamen Besitzers weiter ausgedehnt (§. 104. Anm. 2.), sondern auch gegen den dritten Besitzer die Klage auf Wiedererstattung des Besitzes zugelassen [p], falls dieser von der gewaltsamen Besitzentsetzung des früheren Besitzers unterrichtet war [2].

2) das interdictum de precario [q]. Dieses bezieht sich auf den Fall, wenn Jemanden Besitz auf beliebigen Widerruf überlassen ist [3], was gewöhnlich auf ergangene Bitte geschieht, daher der Name [r]. Ein solcher Precarist hat der Regel nach abgeleiteten juristischen Besitz, der gegen Andre als den Verleiher durch die gewöhnlichen Interdicte geschützt ist [s]. Wenn nun aber auf ergangenen Widerruf der Besitz dem Verleiher nicht zurückerstattet wird, so steht diesem das genannte Interdict gegen den Empfänger oder dessen Erben [t] zu Gebote, um sich Rückerstattung des Besitzes und Ersatz des durch dolus oder lata culpa des Gegners verursachten Schadens zu verschaffen [u].

Anm. [1] L. 1. pr. D. de vi. Praetor ait: *Unde tu illum vi deiecisti aut familia tua deiecit, de eo, quaeque ille tunc ibi habuit, tantummodo intra annum, post annum de eo, quod ad eum, qui vi deiecit, pervenerit, iudicium dabo* („ein Portentum!" Huschke in Linde's Ztschr. n. F. XIV. S. 81.). — Ueber die Unterscheidung des ältern Rechts zwischen dem interdictum de vi armata und de vi quotidiana, welches letztere durch Fehlerhaftigkeit des Besitzes ausgeschlossen war, vgl. Gai. IV. 154. 155. mit §. 6. J. de interd. 4. 15. — „Die Ansicht Thibaut's, daß bei diesem Interdict auch die Detention hinreiche, hat kaum den Schein eines Grundes für sich." Puchta §. 135. not. a. vgl. oben §. 136. Anm. 2. — Ueber die Frage, ob durch L. 7. Cod. h. t. (§. 94. not. h.) dieses Interdict auch auf bewegliche Sachen ausgedehnt sey, vgl. Savigny a. a. O. §. 40.; dagegen Puchta a. a. O. Bruns §. 7.

[2] Die Klage auf Wiedererstattung gewaltsam entzogenen Besitzes heißt nach canonischem Recht actio spolii, der aber in der Praxis noch eine viel weitere Ausdehnung gegeben wurde. Vgl. darüber und über die exceptio spolii: Savigny §. 50. Bruns §. 16...23. Seuffert §. 415. Delbrück a. a. O. §. 22. fg. 63. fg.

[3] L. 2. pr. D. de precario. Ait praetor: *Quod precario ab illo habes aut dolo malo fecisti, ut desineres habere, qua de re agitur, id illi restituas.* Savigny §. 42. Schmidt, das Commodatum und Precarium. Leipzig 1841. (vergl. Schmidt von Ilmenau in d. krit. Jahrb. VII. S. 769 . . . 793.). Bulling, das Precarium. Leipzig 1846. Vgl. Brinz I. S. 87. „Alles scheint

[p] cap. 18. X. de restitutione spoliatorum. 2. 13. [q] Dig. de precario 43. 26. Cod. de precario et Salviano interdicto. 8. 9. [r] L. 1. 2. §. 3. L. 4. §. 2. D. h. t. [s] L. 4. §. 1. D. h. t. cf. L. 10. §. 1. D. de poss. 41. 2. §. 135. not. l. §. 172. not. g. [t] L. 8. §. 8. D. h. t. L. 2. Cod. h. t. [u] L. 8. §. 4...6. D. h. t.

darauf hinzuweisen, daß uns an beweglichen Sachen der Unterschied von Commodat und Precarium fremd geblieben, und hier einzig das Commodat einheimisch sey: daß zwar auch wir eine Leihe an Immobilien, Servituten und ähnlichen deutschen Rechten haben, keinesfalls aber mit allen Eigenthümlichkeiten des Precariums.

[4] Interdictum de clandestina possessione? L. 7. §. 5. D. comm. div. 10. 3. Julianus scribit, si alter possessor provocet, alter dicat eum vi possidere, non debere hoc iudicium (communi dividundo) dari, nec post annum quidum, quia placuit, etiam post annum in eum, qui vi deiecit, interdictum reddi; et si precario, inquit, dicat eum possidere, adhuc cessabit hoc iudicium, quia et de precario interdictum datur. Sed et si clam dicatur possidere qui provocat, dicendum esse ait, cessare hoc iudicium; nam de clandestina possessione competere interdictum inquit. Darüber Savigny a. a. O. §. 41.

§. 174.

V. Verlust des Eigenthums.

In allen Fällen, wenn ein Andrer das Eigenthum erwirbt, versteht sich von selbst, daß der bisherige Eigenthümer dasselbe verliert. Dieses kann aber auch geschehen, ohne daß das Eigenthum auf einen Andern übergeht, entweder mit dem Willen des Eigenthümers, durch Dereliction, wozu aber Veräußerungsbefugniß desselben vorausgesetzt wird, oder auch ohne dessen Willen, aus den in §. 127. angedeuteten Gründen.

Drittes Capitel.

Von den Dienstbarkeiten [1].

I. Wesen derselben.

§. 175.

A. Begriffsbestimmung.

Eine Dienstbarkeit, Servitut, ist ein die Benutzung einer Sache in einer bestimmten Beziehung (partiell) ergreifendes, daher das Eigenthum der Sache rücksichtlich ihrer Benutzung und zwar zu Gunsten einer bestimmten Person oder des Eigenthümers eines bestimmten Grundstücks als solchen beschränkendes dingliches Recht, welches also entweder an eine bestimmte Person als berechtigtes

Subject geknüpft, oder mit dem Eigenthum eines bestimmten Grundstücks, das hier gewissermaßen als berechtigtes Subject erscheint, verbunden ist. Durch dieses Merkmal unterscheiden sich die Dienstbarkeiten von der Emphyteuse und Superficies, als selbständig vererblichen und veräußerlichen Rechten [2]. Ihrem Inhalt nach sind sie, gleich diesen, Bestandtheile des Inhalts des Eigenthums, welche diesem entnommen nunmehr als selbständige Rechte einem Andern als dem Eigenthümer zustehen. Daraus folgt jedoch nicht nothwendig, daß nun der Eigenthümer selbst diejenige Befugniß, die den Inhalt der Servitut bildet, nicht mehr habe; er verliert an seinen Eigenthumsbefugnissen nur so viel, als mit den dem Servitutberechtigten zustehenden Befugnissen unerträglich ist; dies aber ist jedenfalls die der Befugniß des Servitutberechtigten gegensätzlich entsprechende, positive oder negative, Eigenthumsbefugniß [3].

Anm. [1] Die neuesten Bearbeitungen dieser Lehre sind: Luden, die Lehre von den Servituten. Jena 1837. Hoffmann, d. L. v. d. S. nach R. R. 2 Thle. Darmstadt 1838. 1843. R. Elvers, die römische Servitutenlehre, Marburg 1856. (über dieses Werk vgl. Kuntze in d. Heidelb. krit. Ztschr. II. S. 227 . . . 268.) Heimbach im Rtslex. X. S. 145 . . . 349.)

[2] Das Wort servitus bezeichnet zunächst, im passiven Sinne, die Beschränkung, häufiger aber, im activen Sinn, das entsprechende Recht. In weiterm Sinn wird einmal auch die Superficies servitus genannt. L. 86. in f. D. de legat. I.

[3] Ueber diesen Punkt vgl., gegen Vang. §. 338. Anm. 1., Scheurl in der Ztschr. für gesch. Rtsw. XII. S. 242. fg. und Arndts in Linde's Ztschr. n. F. III. S. 250. fg. Uebereinstimmend hiemit bezeichnet auch Elvers S. 81. die Servituten als vom Eigenthum „abgezweigte Befugnisse", obwohl sonst dieser Schriftsteller in ebenso verunglückter als gekünstelter Weise den Begriff der Servituten dahin zu bestimmen sucht, daß sie in der rechtlichen Herrschaft über eine einzelne als selbständige Sache fingirte Eigenschaft einer fremden körperlichen Sache bestehen, und von diesem Standpunkte aus denn auch S. 298. fg. eine durchgreifende materielle Verschiedenheit der Servituten, insbesondere des Usufructus, vor der Emphyteuse und Superficies gefunden zu haben meint. Vgl. dagegen Arndts in der krit. Ueberschau II. S. 161. fg. Kuntze a. a. O. S. 232. fg., welcher letzte aber seinerseits auch erfolglos sich bemüht, darzuthun, daß „nicht der Inhalt der Servitut, sondern die Bestellungsbefugniß ein Eigenthumselement", und „die Servitutsbeschränkung nicht eine Eigenthumsbeschränkung, höchstens eine Beschränkung des Eigenthümers in der Eigenthumsausübung" sey. Brinz I. S. 258. fg.

§. 176.

B. Allgemeine Grundsätze.

Von den Dienstbarkeiten überhaupt gelten folgende allgemeine Grundsätze, die sich zum Theil schon aus ihrer Natur als dingliche Rechte an einer fremden Sache von selbst ergeben: 1) Der Inhalt der Servitut kann nicht darin bestehen, daß der Eigenthümer der dienenden Sache etwas zu thun verpflichtet sey, sondern nur darin, daß derselbe etwas dulde oder etwas unterlasse, was er als unbeschränkter Eigenthümer zu verwehren, beziehungsweise zu thun befugt wäre. 2) Niemand kann an seiner eigenen Sache eine Servitut haben. 3) Eine Servitut kann nicht selbst wieder Gegenstand einer Servitut seyn. 4) Die Servitut muß für das berechtigte Subject einen Vortheil gewähren; sie kann nicht blos darin bestehen, daß der Eigenthümer sich etwas versage, was für den Andern ohne Interesse ist.

Anm. a) L. 15. §. 1. D. de servitut. 8. 1. Servitutum non ea natura est, ut aliquid faciat quis, veluti viridia tollat aut amoeniorem prospectum praestet, aut in hoc, ut in suo pingat, sed ut aliquid patiatur aut non faciat. (§. 131.) b) L. 26. D. de serv. praed. urb. 8. 2. Nulli res sua servit. c) L. 1. D. de usu leg. 33. 2. Servitus servitutis esse non potest. cf. L. 33. §. 1. D. de serv. praed. rust. 8. 3. d) L. 15. pr. D. de servit. 8. 1. Quoties nec hominum nec praediorum servitutes sunt, quia nihil vicinorum interest, non valet; veluti ne per fundum tuum eas aut ibi consistas, ed ideo si mihi concedas, ius tibi non esse fundo tuo uti frui, nihil agitur; aliter atque si concedas mihi, ius tibi non esse in fundo tuo aquam quaerere, minuendae aquae meae gratia. cf. L. 19. eod. Ei fundo, quem quis vendat, servitutem imponi, etsi non utilis sit, posse existimo; veluti si aquam alicui ducere non expediret, nihilominus constitui ea servitus potest; quaedam enim habere possumus, quamvis ea nobis utilia non sint. Vergl. überhaupt Vangerow §. 338. Anm. 2. Elvers §. 6. 7. 14. 16. 26. Böcking Inst. II. §. 160. 162.

§. 177.

C. Haupteintheilung.

Die Dienstbarkeiten sind, wie sich aus §. 175. von selbst ergibt, entweder persönliche, servitutes personarum, Personalservituten, oder Grunddienstbarkeiten, servitutes rerum, iura praediorum, Prädial- oder Realservituten, je nachdem das Recht wesentlich nur einer bestimmten Person gegeben ist oder zum

Vortheil eines bestimmten Grundstücks, daher für jeden Eigenthümer dieses Grundstücks, besteht. Die letzten sind von unbegränzter Manchfaltigkeit, die ersten dagegen kommen unter bestimmten Gestalten und Namen vor, namentlich Usus und Ususfructus. Gleichwohl aber sind auch diese durch Beschränkung auf bestimmte Nutzungen einer Sache einer gleichen Manchfaltigkeit des Inhalts empfänglich, oder, mit andern Worten, es können Befugnisse der Art, wie sie den Inhalt von Grunddienstbarkeiten bilden, auch als persönliche Dienstbarkeiten, als ein bezüglich des Gegenstandes beschränkter Usus oder Ususfructus, eingeräumt werden, so fern sie auch einer Person für sich, ohne mit dem Eigenthum eines Grundstücks verbunden zu seyn, Vortheil gewähren können. Man hat daraus, unnöthiger Weise, den Begriff sogenannter irregulärer Servituten gebildet, die man, verkehrter Weise, als eine Art von Mittelding zwischen persönlichen und Grunddienstbarkeiten, auffaßte, während sie nichts andres als wahre persönliche Dienstbarkeiten, nur von beschränktem Inhalt oder Gegenstand, sind.

Anm. L. 1. D. de servitut. 8. 1. Servitutes aut personarum sunt, ut usus et ususfructus, aut rerum, ut servitutes rusticorum praediorum et urbanorum. L. 4. D. de s. p. r. 8. 3. Pecoris pascendi servitus, item ad aquam appellendi, si praedii fructus maxime in pecore consistat, praedii magis quam personae videtur. Si tamen testator personam demonstravit, cui servitutem praestari voluit, emtori vel heredi non eadem praestabitur servitus. L. 6. pr. eod. Veluti si figlinas haberet, in quibus ea vasa fierent, quibus fructus fundi exportaretur . . . Sed si, ut vasa venirent, figlinae exercerentur, ususfructus erit. L. 37. eod. . . . Paulus respondit, usum aquae personalem ad heredem Seii, quasi usuarii, transmitti non oportere. cf. L. 1. in f. D. de usu leg. 33. 2. L. 6. D. de servit leg. 33. 3. „usum transeundi personae datum." — L. 14. §. 3. D. de alim. leg. 34. 1. Quidam libertis suis, ut alimenta ita aquam quoque per fideicommissum reliquerat: consulebar de fideicommisso, quum in ea regione Africae vel forte Aegypti res agi proponebatur, ubi aqua venalis est. Dicebam igitur, esse emolumentum fideicommissi, sive quis habens cisternas id reliquerit, sive non, ut sit in fideicommisso, quanto quis aquam sibi esset comparaturus; nec videri inutile esse fideicommissum, quasi servitute praedii non possessori vicinae possessionis relicta. Nam et haustus aquae ut pecoris ad aquam appulsus est servitus personae, tamen ei, qui vicinus non est, inutiliter relinquitur. In eadem causa erunt gestandi vel in tuo uvas premendi, vel area tua ad frumenta ceteraque legumina exprimenda utendi: haec enim aqua personae relinquitur. Zu emendiren . . . . *est servitus, personae tamen eius*, . . . *utiliter* (oder: *non inutiliter*) *relinquitur;* am Ende: *haec enim aeque*

personae relinquuntur? So, gegen Mühlenbruch im civ. Arch. XV. 18., Zachariä über die sogen. irregulären Personalservituten im civ. Archiv XXVII. 1., womit auch übereinstimmt Elvers a. a. O. §. 23. S. 198. fg. S. 185. fg. vgl. Vang. §. 339. Anm. 1. Dagegen Böcking Pand. §. 60. urtheilt, man lese „ohne Noth, also ohne Recht" *non inutiliter* statt *utiliter* (sollte heißen: *inutiliter*), und liest: *servitus; personae tamen ei etc.*, indem die Stelle nicht von der servitus aquae, sondern vom Wasserbedarf des Vermächtnißnehmers rede. Vgl. dessen ausführliche Paraphrase in den Inst. II. S. 221. fg. Doch will wiederum Fuchs im prakt. Arch. IV. 15., von der Annahme ausgehend, daß „in unsrer Stelle die Constituirung einer Prädialservitut als Personalservitut abgehandelt wird" (!), durch noch weiter gehende Emendationen helfen, indem er vorerst die Schlußworte *„haec enim (sc. servitus personae) aeque personae relinquitur"* hinter *relicta* versetzt, und dann weiter liest: *„Nam et haustus aquae ut pecoris ad aquam appulsus servitus personae* (oder *ut servitus personae) etiam ei, qui vicinus non est, non inutiliter relinquitur."* Freilich wiederum ein „mühseliger" Emendationsversuch „dieses nüchternen Fideicommisses," um mit Böcking a. a. O. zu reden. — Uebrigens werden die Prädialservituten in den Quellen oft vorzugsweise unter servitutes verstanden. §. 6. J. de usu. 2. 5. vgl. mit titt. J. 2. 3. u. 4. Dig. lib. 7. u. 8.

D. Die einzelnen Arten der Dienstbarkeiten.

1) Persönliche Dienstbarkeiten.

a) Der Nießbrauch. Usufructus [a].

§. 178.

α) Begriff und Voraussetzungen.

Nießbrauch, Usufructus, ist das einer bestimmten Person zustehende Recht an einer fremden, beweglichen oder unbeweglichen, nicht verbrauchbaren, Sache auf den von dieser durch Gebrauch und Fruchtgewinn, ohne Verbrauch derselben, zu ziehenden Nutzen [b]. Der Berechtigte heißt Nutznießer, Usufructuarius oder Fructuarius [c]; das Eigenthum, welchem das Recht der Nutznießung und somit einstweilen sein wesentlichster Vortheil entnommen ist, wird, so lange diese Beschränkung besteht, nuda proprietas (sc. deducto usufructu) genannt, der Eigenthümer dominus proprietas oder proprietarius [d]. Der Nießbrauch ist ein theilbares Recht [e]; er

[a] Inst. de usufructu. 2. 4. Dig. de usufructu et quemadmodum quis utatur fruatur. 7. 1. Cod. de usufructu et habitatione et ministerio servorum. 3. 33. cf. Vat. fragm. §. 41 ... 93. [b] pr. J. h. t. L. 1. 2. D. h. t. vgl. §. 52. 181. [c] L. 14. §. 1 ... 3. D. de usu. 7. 8. [d] §. 1. 3. J. h. t. L. 1. §. 3. L. 15. §. 6. L. 17. D. h. t. cf. §. 126. Anm. 1. [e] L. 1. §. 9. D. ad leg. Falc. 35. 2. L. 5. D. h. t. L. 5. §. 2. D. si ususfr. pet. 7. 6. L. 19. D. de usu. 7. 8.

kann auf einen intellectuellen Theil der Sache beschränkt seyn, so daß das Eigenthum für den übrigen Theil unbeschränkt ist oder auch der Nießbrauch mehreren an derselben Sache gemeinschaftlich (pro partibus indivisis) zusteht [f].

Anm. L. 1. D. h. t. Usufructus est ius alienis rebus utendi fruendi salva rerum substantia. L. 2. eod. Est enim ius in corpore, quo sublato et ipsum tolli necesse est. Sog. ususfr. formalis im Gegensatz gegen sog. ususfructus causalis, d. i. das Nutzungsrecht des Eigenthümers selbst. — Aeltere Bearbeitungen dieser Lehre: Galvani de usufructu dissertationes variae, zuerst Patav. 1650. Noodt de usufructu libri II., zuerst Lugd. Bat. 1713., in dessen opp. omn. Col. 1732. Tom. I. p. 339 . . . 416. — Dazu jetzt Heimbach im Rtslex. XI. S. 867 . . . 955.

§. 179.

β) Rechte des Nutznießers.

Der Nutznießer hat 1) was die Nutzung der Sache betrifft, der Regel nach das Recht, diese, mit Ausschließung des Eigenthümers, allein zu gebrauchen und ohne Beschränkung auf sein persönliches Bedürfniß deren Früchte zu ziehen, auch durch Erzielung sogenannter juristischer Früchte (fructus civiles, §. 55.) die Sache für sich nutzbar zu machen, aber ohne diese selbst zu versehren, in der Art und Weise, wie ein verständiger und sorgfältiger Eigenthümer sie nutzen würde, tanquam bonus paterfamilias, boni viri arbitratu, und mit Rücksicht darauf, daß die Sache dereinst dem Eigenthümer zurückzuerstatten ist [a]. Nach diesem allgemeinen Gesichtspunkte und unter Berücksichtigung der besondern Beschaffenheit und Bestimmung der dienenden Sache ist der Umfang der Nutzungsbefugnisse im einzelnen Falle zu ermessen [b], welche im Allgemeinen erschöpfend zu bestimmen weder nöthig noch thunlich ist [1]. Die natürlichen Früchte erwirbt der Nutznießer durch Perception (§. 156.), junge Thiere jedoch sofort durch die Trennung vom Mutterthier [c]; und zwar erstreckt sich dieses Recht auf alle beim Beginn des Nießbrauches noch mit der Hauptsache verbundenen Fruchterzeugnisse, da hingegen die zur Zeit der Endigung desselben noch nicht gewonnenen Früchte wieder dem Eigenthümer zufallen [d]. Juristische Früchte, welche die Sache gewährt, sind in der Regel nach Verhältniß der

[f] L. 7. §. 7. 10. D. comm. div. 10. 3.

[a] L. 7. pr. L. 9. 13. pr. D. h. t. [b] L. 7. et sqq. D. h. t. [c] L. 13. D. quib. mod. ususfr. am 7. 4. L. 28. D. de usur. et fruct. 22. 1. L. 68. D. h. t. [d] L. 13. cit. L. 12. §. 5. L. 27. pr. L. 48. §. 1. D. h. t.

Dauer des Nießbrauchs zwischen dem Eigenthümer und Nutznießer zu theilen [e]; sind sie aber nur ein Ersatz für zu ziehende natürliche Früchte, so kommt es darauf an, wem die letzten durch unmittelbare Perception zugefallen wären, während die Wirkungen willkürlich eingegangener obligatorischer Rechtsverhältnisse des einen den andern nicht angehen [f]. Auf den Zuwachs der Hauptsache erstreckt sich das Recht des Nutznießers nur insofern, als jener nicht in einer für sich bestehenden, mit dieser nicht unmittelbar verbundenen Sache besteht, daher namentlich nicht auf die insula in flumine nata [g]. Zum Zweck der Ausübung seines Rechts gebührt dem Nutznießer die Detention der Sache [h]. Uebrigens kann das Nutzungsrecht des Nutznießers durch besondere Bestimmung bei Begründung der Servitut wie durch spätere Uebereinkunft rücksichtlich seines Umfangs mehr oder weniger eingeschränkt werden [i].

2) Was die Verfügung über die Sache selbst angeht, so darf der Nutznießer ohne Einwilligung des Eigenthümers die Sache weder ganz verbrauchen noch auch wesentliche Veränderungen mit derselben vornehmen, die nicht durch den Zweck ordnungsmäßiger und ihrer Bestimmung entsprechender Benutzung gerechtfertigt werden [2], was ebenfalls wieder nach billigem Ermessen (arbitratu boni viri) mit Rücksicht auf die Beschaffenheit der Sache im einzelnen Falle näher zu bestimmen ist [k]. Er kann ebenso seinerseits dem Eigenthümer jede seine Nutzung beeinträchtigende Aenderung der Sache untersagen [l].

3) Ueber sein Recht selbst kann der Nutznießer nach Belieben verfügen, indem er die Ausübung desselben einem Andern überlassen kann [m], sey es entgeltlich oder unentgeltlich, ganz oder zum Theil, für eine gewisse Zeit oder ein für allemal auf die ganze Dauerzeit des Nießbrauchs, so zwar, daß nun diesem Andern zu eigenem Vortheil (§. 112.) auch die Geltendmachung des Nießbrauchs gegen dritte Personen durch die dem Nutznießer zustehenden dinglichen Klagen verstattet seyn kann [n]; er kann aber streng

[e] L. 25. §. 2. L. 26. D. h. t. [f] L. 58. pr. D. h. t. L. 59. §. 1. eod. [g] L. 9. §. 4. D. h. t. [h] L. 12. pr. D. de poss. 41. 2. L. 4. D. uti poss. 43. 17. [i] L. 1. §. 9. D. ad leg. Falc. 35. 2. vgl. §. 177. [k] L. 7. §. 3. L. 8. L. 13. §. 4 . . . 8. D. h. t. [l] L. 13. §. 7. L. 19. §. 1. D. h. t. [m] L. 12. §. 2. L. 38 . . . 40. L. 67. D. h. t. L. 29. D. quib. mod. ususfr. am. 7. 4. L. 8. §. 2. D. de peric. 18. 6 L. 9. §. 1. D. loc. 19. 2. L. 66. D. de iure dot. 23. 3. L. 57. D. sol. matr. 24. 3. [n] arg. L. 11. §. 2. D. de pign. 20. 1. L. 21. D. de rei vind. 6. 1. cf. L. 29. §. 2. D. quib. mod. ususfr. am. 7. 4.

genommen nicht das Recht des Usufructus selbst auf einen Andern übertragen[3], so daß dieser nun an seiner Statt der eigentliche Usufructuar werde und so denn auch der Bestand des Rechts mit Rücksicht auf dessen Person sich bestimme[o], und eben so wenig kann er andre Rechte an der Sache, z. B. Servituten, einräumen, wodurch das Eigenthum geschmälert würde. Andrerseits kann der Eigenthümer wohl seine nuda proprietas veräußern[p], aber keinerlei rechtliche Verfügung in Ansehung der Sache, welche das Recht des Nutznießers beeinträchtigt, einseitig vornehmen, z. B. keine Servituten einräumen oder aufgeben[q]. Daß er aber sogar mit Einwilligung des Nutznießers keine Servitut an der Sache soll bestellen können[r], ist ein nur aus formellen Gründen des ältern Rechts zu erklärender unpraktischer Satz[4].

Anm. [1] Ueber den Nießbrauch an Waldungen insbesondere vgl. Laspeyres im civ. Arch. XIX. 4. Vang. §. 344. Anm. 1. und Zachariä in der Zeitschr. für gesch. Rtsw. XIV. S. 126. fg.; über den Bezug von juristischen Früchten (not. e.), namentlich Vertheilung von Grundgefällen: Wächter Erörtr. I. S. 72...87.

[2] L. 13. §. 4. D. h. t. Fructuarius causam proprietatis deteriorem facere non debet, meliorem facere potest. Et ... non debet neque arbores frugiferas excidere neque villam diruere nec quidquam facere in perniciem proprietatis. Et si forte voluptare fuit praedium, viridaria vel gestationes vel deambulationes arboribus infructuosis opacas atque amoenas habens, non debebit deiicere, ut forte hortos olitorios faciat, vel aliud quid, quod ad reditum spectat. §. 5. ... Proinde venas quoque lapidicinarum et huiusmodi metallorum inquirere poterit; ergo et auri et argenti et sulphuris et ferri et ceterorum fodinas, vel quas paterfamilias instituit exercere poterit vel ipse instituere, si nihil agriculturae nocebit. Et si forte in hoc, quod instituit, plus reditus sit, quam in vineis vel arbustis vel olivetis, quae fuerunt, forsitan etiam haec deiicere poterit, si quidem ei permittitur meliorare proprietatem. Bei dieser Stelle hat man sich ohne Noth Schwierigkeiten gemacht, die man denn durch Textesänderung oder gezwungene Erklärung zu beseitigen suchte. Feuerbach Vers. Nr. IV. Madai im civ. Arch. XV. 16. Sint. §. 59. not. 22. Vgl. dagegen Hagemeister im civ. Mag. III. 13. Vang. §. 344. Anm. 2. Puchta §. 181. not. o., dazu jetzt Keil im civ. Arch. XXXV. 11.

[3] In neuester Zeit hat Dernburg in Linde's Zeitschr. n. F. II. 2. und Elvers a. a. O. §. 27. 28. behauptet, daß der Usufructuar sein Recht selbst als dingliches Recht vollständig auf einen Andern übertragen, der letzte zudem, daß

[o] L. 15. D. fam. erc. 10. 2. §. 3. J. h. t. cf. L. 4. D. quib. mod. ususfr. am. 7. 4. L. 29. D. de usu leg. 33. 2. [p] L. 2. Cod. h. t. [q] L. 15. §. 7. L. 16. D. h. t. cf. L. 17. pr. eod. L. 2. §. 7. 8. D. de relig. 11. 7. [r] L. 15. §. 7. cit. in f.

derselbe eben so auch Servituten auf die Dauer seines Rechts bestellen könne. Daß dies nicht römische Ansicht, beweisen vollständig die Stellen in not. m. n., vgl. Arndts in Linde's Ztschr. n. F. VIII. 4. Elvers glaubt zwar, die strengere ältere Ansicht sey seit Zulassung der Verpfändung des Nießbrauchs (L. 11. §. 2. D. de pign.) aufgegeben worden, und führt als Beweis dafür an L. 8. §. 2. D. 18. 6. (Paul.): v. „utrum ius utendi fruendi, quod solum tuum est, vendas", und L. 57. D. 24. 3. (Marcell.): v. „potest autem (sc. mulieri restitui ususfructus) vel cautionibus interpositis, ut, sicut potest, vir iure suo cedat mulieri fruique eam patiatur." Aber die erste Stelle unterscheidet nur, ob ein bestehender oder ein erst zu bestellender Nießbrauch Gegenstand des Kaufes sey, und die letzte spricht vielmehr gegen jene Meinung, nach welcher es der cautiones nicht bedürfte, eben so wie L. 15. D. 10. 2. (Paul.): „nec enim a personis discedere (ususfructus) sine interitu sui potest", und L. 16. pr. eod. (Ulpian.) „Et puto officio iudicis contineri, ut, si volent heredes a communione ususfructus discedere, morem iis gerat cautionibus interpositis." Vgl. auch Kuntze a. a. O. S. 256. fg. Daß dem Erwerber in obigem Fall auch gegen den Usufructuar selbst, wie nach L. 11. §. 2. cit. Exceptio, so auch utilis confessoria actio zustehe, behauptet Windscheid, die Actio S. 135. fg.

4 L. 15. §. 7. D. h. t. sagt zuerst: sed nec servitutem imponere fundo potest proprietarius nec amittere servitutem; dann am Ende: Proprietatis dominus ne quidem consentiente fructuario servitutem imponere potest, worauf L. 16., an diesem Platze unpassend eingefügt, fortfährt: nisi qua deterior fructuarii conditio non fiat, veluti si talem servitutem vicino concesserit, ius sibi non esse altius tollere; als ob auch das letzte nur möglich wäre consentiente usufructuario, worauf es doch hier nicht ankommen kann. Den Schlußsatz der L. 15. cit. aber hat man als „eine, allerdings etwas subtile Consequenz" aus dem Princip: *Servitus servitutis esse non potest* zu erklären versucht: Vang. §. 338. S. 789., auf eine hypersubtile Weise. Marezoll in d. krit. Jahrb. IV. S. 166. und mit ihm Böcking Inst. §. 164. not. 22. finden die Erklärung desselben darin, daß die persönliche Servitut nicht von der Person getrennt, also weder ganz noch zum Theil auf einen Andern übertragen werden könne; wie auch schon Puggé vermuthete, daß er in der Unzulässigkeit der in iure cessio von Seiten des Usufructuars an einen Extraneus seinen Grund gehabt habe. Zachariä aber äußert die Vermuthung, daß der Ausspruch Ulpian's mit der Lehre von der remissio servitutis (nach altem Recht, durch in iure cessio) zusammenhänge und nur durch Mißverständniß in Justinian's Digesten aufgenommen, also eine unpraktische Antiquität sey. Ztschr. für gesch. Rtsw. XIV. S. 133. Die beiden letzten Meinungen zusammengenommen enthalten das Wahre. Die in iure cessio des Eigenthümers allein konnte die Servitut nicht begründen; die in iure cessio des Usufructuars, qua nihil agitur, konnte, eben so wenig wie dessen formlose Zustimmung, den Mangel nicht heben, und noch weniger war eine gemeinschaftliche in iure cessio beider denkbar. Daß aber der Satz in der That aller praktischen Bedeutung entbehrt, und die einfache Consequenz, die man darin findet, für das heutige Recht auf ein leeres Theorem

hinausläuft, ergibt sich aus folgender Erwägung: der Usufructuar kann sein Recht dem Eigenthümer gegenüber jetzt durch bloßen Vertrag sowohl theilweise als ganz aufgeben, und über das aufgegebene kann der letzte wieder frei verfügen; müßte also jener Satz als gesetzlicher Ausspruch auch stricte festgehalten werden, so könnte doch unzweifelhaft der Usufructuar zunächst den ganzen Nießbrauch aufgeben, dadurch den Eigenthümer zu vollkommen wirksamer Bestellung der Servitut in Stand setzen, und mit dieser Beschränkung den Nießbrauch sich wieder einräumen lassen, und da nun dieses Alles durch einfache Verträge bewerkstelligt werden kann, so würde eben dieses als die beabsichtigte Wirkung der mit Einwilligung des Nutznießers vorgenommenen Bestellung der Servitut anzuerkennen seyn. Wer wird, wo öffentliche Bücher bestehen, zweifeln, daß die Servitut richtig bestellt sey, wenn der Eigenthümer und Nutznießer gemeinschaftlich die Eintragung derselben bewilligt haben? Wer würde es nicht pedantisch oder der Taxen wegen beutelschneiderisch finden, wenn das Gericht zuerst Löschung des Nießbrauchs, dann Eintragung der Servitut, dann Wiederbestellung des Usus-fructus forderte, um jenes Ziel zu erreichen? Vgl. auch Elvers S. 259.

§. 180.

γ) Verbindlichkeiten des Nutznießers.

Der Nutznießer soll die Sache nicht nur mit schonender Rücksicht auf den Eigenthümer benutzen, sondern auch wie ein bonus paterfamilias in gutem Zustande zu erhalten beflissen seyn [a], so weit nicht die Zeit und angemessene Nutzung eine Minderung ihres Werthes unvermeidlich mit sich bringt [b]; er muß daher das gewöhnlich Erforderliche zur Erhaltung der Sache leisten, z. B. bei Gebäuden die gewöhnlichen Reparaturen [c], bei Thieren die gewöhnliche Pflege und Fütterung bestreiten [d], eine Heerde durch Ergänzung aus den Jungen vollzählig erhalten [e], Waldungen, Weinberge u. dgl. durch Nachpflanzen im Stande erhalten [f] u. s. w. Auch hat er die Lasten und Abgaben der Sache zu tragen [g]. Er haftet für die Folgen seiner Nachläßigkeit; für außergewöhnliche Schadensfälle hat er nicht einzustehen [h]. Nach Endigung des Nießbrauchs muß er die Sache herausgeben und wegen verschuldeter Zerstörung oder Abwerthung Ersatz leisten [i], kann jedoch auch schon während der Dauer des Nießbrauchs wegen einzelner Verbindlichkeiten

[a] L. 9. pr. D. h. t. [b] L. 12. §. 1. L. 15. §. 3. 4. D h. t. L. 9. §. 3. D. usufr. quemadm. cav. 7. 9. [c] L. 7. §. 2. D. h. t. L. 7. Cod. h. t. [d] L. 15. §. 2. D. eod. [e] L. 68. §. 2... L. 70. eod. §. 38. J. de rer. div. 2. 1. cf. L. 62. §. 1. D. h. t. [f] §. 38. J. cit. L. 7. § 3. L. 9. §. 6. D. h. t. [g] L. 7. §. 2. in f. L. 27. §. 3. L. 52. D. eod. L. 28. D. de usu leg. 33. 2. [h] L. 7. §. 2. L. 65. §. 1. L. 59. pr. D. h. t. [i] L. 1. §. 7. D. usufr. quemadm. cav. 7. 9. L. 15. §. 7. D. h. t. 7. 1.

belangt werden [k]. Diese Verbindlichkeiten werden durch besondere Caution gesichert [l], cautio usufructuaria [1], der Regel nach durch Realcaution [m], zu deren Leistung der Nutznießer durch Vorenthaltung der Benutzung oder auch durch Klage angehalten werden kann [n]. Doch kann diese Cautionsleistung durch besondere Verabredung [o] erlassen werden [2], und in gewissen Fällen [p] ist sie nach gesetzlicher Bestimmung erlassen [3]. Durch Aufgeben seines Rechts kann sich der Nutznießer jener Verbindlichkeiten für die Zukunft entledigen [q].

Anm. [1] L. 1. pr. D. h. t. 7. 9. Aequissimum praetori visum est, de utroque legatarium cavere, et usurum se boni viri arbitratu, et quum ususfructus ad eum pertinere desinet, restituturum, quod inde extabit. — §. 6. Habet autem stipulatio ista duas causas, unam, si aliter quis utatur, quam vir bonus arbitrabitur, aliam de usufructu restituendo; quarum prior statim committetur, quum aliter fuerit usus, et saepius committetur; sequens committetur finito usufructu.

[2] L. 7. Cod. 6. 54. (Imp. Alexander a. p. Chr. 226.) Scire debetis, fideicommissi quidem et legati satisdationem remitti posse, Divum Marcum et Commodum constituisse. Ut autem boni viri arbitratu is, cui ususfructus relictus est, utatur fruatur, minime satisdationem remitti testamento posse. Den Grund dieser sonst unbegreiflichen Beschränkung hat man in der Beziehung zu Vorschriften der Lex Julia et Papia Poppaea, der Lex Julia vicesimaria und der Lex Falcidia gefunden. Hugo R. Rtsgesch. S. 921. Sint. §. 59. not. 39. Im Justinianischen Rechte hat sie keinen Sinn mehr, nachdem die beiden ersten Gesetze abrogirt sind und durch nov. 1. cap. 2. auch gestattet ist, den Abzug der quarta Falcidia zu untersagen. Das Pflichttheilsrecht kann natürlich durch solche Verfügung nicht geschmälert oder gefährdet werden. So auch Böcking Inst. §. 165. a. E., während es Brinz I. S. 269. „zu gewagt" findet. Auch zwei neuere oberstrichterliche Erkenntnisse betrachten die L. 7. cit. noch als praktisch gültig. Seuffert's Arch. IV. 206. IX. 137.

[3] Von der Caution befreit sind nach not. p. a) der Nutznießer, dem ex die certo auch die Proprietät zufällt, b) der Vater als Nutznießer der bona adventitia seiner Kinder, c) der Mann rücksichtlich des in dotem gegebenen Nießbrauchs, d) der coniux binubus rücksichtlich des ihm gesetzlich verbleibenden Nießbrauchs an den den Kindern erster Ehe zufallenden Immobilien, sodann nach der Natur der Sache e) der Schenker, der sich den Nießbrauch an der geschenkten Sache vorbehielt, und nach §. 93. gewissermaßen f) der Fiscus und Stadtgemeinden.

[k] L. 1. §. 6. D. 7. 9. [l] Dig. usufructuarius quemadmodum caveat. 7. 9. [m] L. 5. §. 1. L. 7. pr. D. l. c. L. 13. pr. D. h. t. 7. 1. cf. Pauli sentt. I. 11. §. 2. III 6. §. 27. [n] L. 7. pr. cit. L. 13. pr. cit. [o] L. 46. D. de pactis. 2. 14. cf. L. 7. Cod. ut in poss. legat. 6. 54. L. 1. Cod. de usufr. 3. 33. [p] L. 9. §. 2. D. l. c. 7. 9. — L. 8. §. 4. Cod. de bon. quae lib. 6. 61. — L. 2. Cod. ne fideiuss. dot. 5. 20. — L. 6. §. 1. Cod. de sec. nupt. 5. 9. vgl. §. 93. Anm. 2. [q] L. 64. 65. D. h. t. 7. 1.

§. 181.

δ) Quasiususfructus.

Verbrauchbare Sachen können nicht Gegenstand des Nießbrauches als eines dinglichen Rechts an fremder Sache seyn (§. 178.). Durch Senatsbeschluß ist aber ausdrücklich erklärt worden, daß an allen Vermögensgegenständen der Nießbrauch vermacht werden könne[1]. Darnach ist nun in Ansehung verbrauchbarer Sachen ein dem wahren Nießbrauch analoges Rechtsverhältniß (quasi ususfructus) anerkannt, darin bestehend, daß solche Sachen in das Eigenthum desjenigen, der die Nutznießung haben soll, übertragen werden, mit der Verpflichtung, dereinst, wenn der Fall eintritt, welcher dem wahren Nießbrauch ein Ende machen würde, dieselbe Quantität von Sachen derselben Gattung oder deren Geldeswerth demjenigen herauszugeben, welchem bei dem wahren Nießbrauch deren ursprünglicher Gegenstand selbst herauszugeben wäre[a]. Auf diese Verpflichtung ist denn hier auch die zu leistende Caution gerichtet[b]. Der Begriff des Quasiususfructus ist auch auf Forderungen angewendet worden[c], ususfructus nominum[2]; und so kann nun auch an einem ganzen Vermögen der Nießbrauch gegeben werden[d], welcher dann in Ansehung der dazu geeigneten Vermögensgegenstände als wahrer, in Ansehung der übrigen als Quasiususfructus zu betrachten ist. Aber es kann nun auch in Beziehung auf Sachen, die an sich des wahren Nießbrauchs nicht schlechthin unfähig, jedoch der Gefahr wesentlich entwerthender Abnutzung unterworfen sind, z. B. Kleider[3], ein Quasiususfructus bestellt werden[e].

Anm. L. 1. D. h. t. Senatus censuit, ut omnium rerum, quas in cuiusque patrimonio esse constaret, ususfructus legari possit: quo Scto inductum videtur, ut earum rerum, quae usu tolluntur vel minuuntur, possit ususfructus legari. L. 2. §. 1. eod. Quo Scto non id effectum est, ut pecuniae ususfructus proprie esset; nec enim naturalis ratio auctoritate Senatus commutari potuit; sed remedio introducto coepit quasi ususfructus haberi. §. 2. in f. J. h. t. Ergo Senatus non fecit quidem earum rerum usumfructum, nec enim poterat, sed per cautionem quasi usumfructum constituit. Eine neue Bearbeitung dieser Lehre: Ph. Held,

[a] Dig. de usufructu earum rerum, quae usu consumuntur vel minuuntur 7, 5. §. 2. J. de usufructu. 2. 4. [b] §. 2. J. cit. L. 2. 4. 6. 7. 9...11. D. l. c. L. 1. Cod. h. t. 3. 33. cf. L. 5. §. 1. D. eod. — L. 6. pr. D. ut in poss. legat. 36. 4. [c] L. 3. 4. D. h. t. 7. 5. [d] L. 3. D. l. c. [e] §. 2. J. cit. L. 15. §. 4. D. de usufr. 7. 1. L. 9. §. 3. D. usufr. quemadm. cav. 7. 9. cf. rubr. tit. D. cit. (not. a.) verb. „*vel minuuntur.*“

die Lehre vom ususfructus earum rerum, quae usu consumuntur vel minuuntur. Würzburg 1848.

[2] Ueber die hierbei möglichen Modificationen: Mühlenbruch §. 285. not. 2. 3. Puchta Vorles. §. 182. a. E. Hoffmann §. 51. Held §. 12. Steinberger in Linde's Ztschr. n. F. XI. 6.

[3] L. 15. §. 4. D. 7. 1. Et si vestimentorum usus fructus legatus sit, non sicut *(non sic, ut?)* quantitatis usus fructus legetur, dicendum est, ita eum uti debere, ne abutatur; nec tamen locaturum, quia vir bonus non ita uteretur. Vgl. §. 2. J. l. c. „quae usu consumuntur.... quo numero sunt vinum, oleum, frumentum, vestimenta, quibus proxima est pecunia numerata: namque ipso usu assidua permutatione quodammodo extinguitur. — Ueber die verschiedenen Meinungen: Held §. 10. Elvers S. 191. 593. fg.

§. 182.

b) Das Gebrauchsrecht. Usus.

Usus [a] ist seiner wörtlichen Bedeutung nach das ius utendi ohne das ius fruendi [b], das Recht, die Sache ihrer Natur und Bestimmung gemäß für seine Zwecke zu gebrauchen [c], ohne das Recht, aus derselben sonst noch andere Vortheile zu ziehen, und sie überhaupt als eine Erwerbquelle für sich zu benutzen [1], daher auch regelmäßig ohne das Recht, sich die Erzeugnisse derselben anzueignen oder aus derselben durch Ueberlassung des Gebrauchs an Andere einen Gewinn zu erzielen [d], so wie auch unentgeltlich der Gebrauch nicht ganz und gar einem Andern überlassen werden kann [e]. Jedoch wird nach Umständen, mit Rücksicht auf die Beschaffenheit der Sache und nach der muthmaßlichen Willensmeinung des Verleihers, dem Recht des Usus eine weitere Ausdehnung gegeben [2], und so insbesondere dem Usuar auch ein beschränkter Bezug von Früchten der Sache zum unmittelbaren Verbrauch nach Maßgabe seines Bedürfnisses beigelegt [f]; ja es wird sogar wohl geradezu das unter dem Namen des Usus verliehene Recht als Ususfructus behandelt [g]. Der Usus in seiner besondern Bedeutung ist ein untheilbares Recht [h]. Uebrigens gelten von demselben gleiche Grundsätze, wie vom Ususfructus, soweit diese nicht durch die Verschiedenheit des Inhalts eine Modification erleiden [i]. Was das heutige

[a] Inst. de usu et habitatione. 2. 5. Dig. 7. 8. [b] L. 1. D. h. t. [c] L. 2... 7. L. 10. §. 4... L. 12. pr. §. 3. L. 22. §. 1. D. h. t. [d] L. 8. pr. L. 10. §. 5. D. h. t. [e] L. 4. pr. L. 8. pr. D. h. t. [f] L. 12. §. 1. 2. L. 15. pr. D. h. t. cf. L. 4. pr. eod. [g] L. 22. pr. eod. cf. L. 5. §. 2. D. de usufr. ear. rer. 7. 5. [h] L. 19. D. h. t. [i] L. 18. 22. §. 2. L. 23. D. h. t. L. 13. §. 2. in f. D. de usufr. 7. 1. L. 5, §. 1. D. usufr. quemadm. cav. 7. 9.

Recht betrifft, so ist eine persönliche Servitut dieser Art zwar nicht als schlechthin unpraktisch oder praktisch unmöglich zu bezeichnen[3]; aber es läßt sich nicht behaupten, daß im heutigen Rechtsleben mit einem bestimmten Ausdrucke der römische Begriff des Usus verbunden sey, und es kommt daher in jedem Falle auf die Auslegung der besondern Willenserklärung an, ob ein dem römischen Usus gleiches oder in welcher Art sonst beschränktes Nutzungsrecht anzunehmen sey[4].

Anm. [1] L. 1. §. 1. D. h. t. Constituitur etiam nudus usus, id est, sine fructu. L. 2. pr. eod. Cui usus relictus est, uti potest, frui non potest. — Im R. R. tritt der Unterschied zwischen dem Usus und Usus-fructus besonders charakteristisch hervor beim Erwerbe durch Sklaven: §. 4. J. per quas pers. 2. 9. De iis autem servis, in quibus tantum usumfructum habemus, ita placuit, ut quidquid ex re nostra vel ex operis suis acquirant, id nobis acquiratur. — L. 14. pr. D. h. t. Per servum usuarium si stipuler vel per traditionem accipiam, an acquiram, quaeritur, si ex re mea vel ex re operis eius. Et si quidem ex operis eius, non valebit, quoniam nec locare operas eius possumus; sed si ex re mea, dicimus, servum usuarium stipulantem vel per traditionem accipientem mihi acquirere, quum hac opera eius utar. cf. L. 12. §. 5. 6. L. 16. §. 2. D. eod. L. 21 . . . 26. D. de usufr. 7. 1.

[2] L. 12. §. 1. D. h. t. Praeter habitationem, quam habet, cui usus relictus est, deambulandi quoque et gestandi ius habebit. Sabinus et Cassius, et lignis ad usum quoditianum et horto et pomis et oleribus et floribus et aqua usurum, non usque ad compendium, sed ad usum, scilicet non usque ad abusum. Idem Nerva; et adiicit, stramentis etiam usurum, sed neque foliis neque oleo neque frumento neque frugibus usurum. Sed Sabinus et Cassius et Labeo et Proculus hoc amplius etiam ex his, quae in fundo nascuntur, quod ad victum sibi suisque sufficiat, sumturum, et ex his, quae Nerva negavit. Hiernach stellte die frühere Theorie den Usus dar als das Recht der Nutzung einer fremden Sache mit Beschränkung auf das Bedürfniß oder „die Nothdurft" des Berechtigten. Diese Theorie wurde mit Erfolg angefochten von Thibaut Versuche I. 3., welcher darlegte, daß der Usus wesentlich nur das Recht des Gebrauches ohne Fruchtgenuß sey, und zwar dieses ohne Beschränkung auf das persönliche Bedürfniß, daß er aber in Ansehung fruchttragender Sachen zu einem Recht des Fruchtbezugs mit jener Beschränkung erweitert worden sey. Dagegen faßte Puchta §. 179. 180. Inst. II. §. 255. den Usus gerade wesentlich als Benutzungsrecht für das Bedürfniß der berechtigten Person auf, analog den Prädialservituten, und erkannte darin die älteste und allein normale Personalservitut, während der Usus-fructus eine über das eigentliche Wesen der Servitut hinausgehende anomale Erweiterung sey. Diese letzte Ansicht hat wenig Beifall gefunden. Vgl. dagegen Scheurl in der Ztschr. für gesch. Rtsw. XV. 2. Elvers S. 18. 448. fg. Böcking Inst. §. 163. not. 18 . . . 20. vgl. §. 167. Doch versuchen auch diese Schriftsteller den

Begriff des Usus als eines Nutzungsrechts der Person „zur Befriedigung ihrer individuellen Bedürfnisse" so zu bestimmen, daß darin schon an sich ein (beschränkter) Fruchtgenuß mitbegriffen ist. Dagegen aber vergl. wieder Brinz I. S. 270. fg.

[3] Heimbach im Rtslex. XI. S. 970. bemerkt, daß ihm während langjähriger Praxis in einem vielbeschäftigten höchsten Gerichtshof nicht ein einziger Fall des Usus vorgekommen sey, und auch Seuffert's Archiv hat keinen solchen Fall registrirt.

[4] Puchta §. 180. not. a. bemerkt: „Man hat die Anwendbarkeit der servitus usus bestritten, weil wir kein dem römischen vollkommen entsprechendes Wort hätten. Savigny Beruf unserer Zeit S. 100. fg. Diesem steht schon das Beispiel entgegen, das uns die römischen Juristen durch die Anwendung bei dem Gebrauch der griechischen Sprache geben. L. 10. §. 1. D. de usu (7. 8.): Sed si χρῆσις sit relicta, an usus sit videndum. Et Papinianus ... ait, usum esse, non etiam fructum relictum. Noch mehr aber der Umstand, daß eben gerade der usus die reine Personalservitut ist." Aber vergl. dagegen Arndts in d. krit. Jahrb. XI. S. 823. fg. — Nach dem Oest. bürg. Gstzb. §. 504. besteht „die Servitut des Gebrauchs darin, daß Jemand befugt ist, eine fremde Sache, ohne Verletzung der Substanz, blos zu seinem Bedürfnisse zu benützen," vgl. auch Code Nap. art. 625. sq. Das Preuß. Landrt dagegen unterscheidet nur „das vollständige Nutzungsrecht", d. i. „Nießbrauch", und „ein eingeschränktes Nutzungsrecht", L. 21. §. 22. 227. 228. Das Zürcher Gstzb. §. 726. fg. erwähnt nur „Nießbrauch" und „Wohnrecht."

[5] Im R. Rt werden noch als besondere Personalservituten habitatio und operae genannt, bei welcher wohl entgeltliche, aber (wenigstens bei der habitatio) nicht unentgeltliche Uebertragung der Ausübung gestattet wird und außerdem rücksichtlich der Endigung etwas Besonderes gilt. §. 5. J. h. t. 2. 5. L. 10. pr. §. 3. D. h. t. 7. 8. L. 13. Cod. h. t. 3. 33. — Dig. de operis servorum. 7. 7. cf. L. 5. §. 3. D. usufr. quemadm. cav. 7. 9. — „Diese Servituten hängen mit dem Gegensatz der juristischen Ausdrücke und der blos factischen in der römischen Sprache zusammen, und sind darum heutzutage unanwendbar." Puchta §. 179. a. E. Vgl. übrigens Thibaut civ. Abh. nro. II. und Sav. Syst. II. S. 110 ... 113. — Die „Dienstbarkeit der Wohnung" im Oest. Gstzb. §. 521. 522. und das „droit d'habitation" im Code Nap. art. 632 ... 634. stimmen nicht mit der römischen habitatio überein. Eben so wenig das „Wohnrecht" des Zürcher Gesetzb. §. 750 ... 754.

2) Grunddienstbarkeiten [a].

§. 183.

a) Allgemeine Grundsätze.

Die Grunddienstbarkeiten sind dingliche, das Eigenthum eines Grundstücks beschränkende, mit dem Eigenthum eines andern Grund-

[a] Inst. de servitutibus. 2. 3. Dig. de servitutibus. 8. 1. de servitutibus praediorum urbanorum. 8. 2. de servitutibus praediorum rusticorum. 8. 3. communia praediorum tam urbanorum quam rusticorum. 8. 4. Cod. de servitutibus et aqua. 3. 34.

stücks zu dessen Vortheil dergestalt verbundene Rechte, daß sie jedem Eigenthümer des letzten als solchem zustehen, wie sie andrerseits gegen jeden Besitzer des ersten wirksam sind [b], während sie nicht für sich, getrennt von dem Grundstück, Andern eingeräumt werden können [c]. Sie enthalten also eine Erweiterung der Eigenthumssphäre des einen Grundstücks auf Kosten der Eigenthumssphäre des andern [d]; das eine erscheint gewissermaßen als das berechtigte Subject, sog. praedium dominans, cui servitus debetur [e], welchem das andere rechtlich unterthan ist, praedium serviens oder servum [f], und das Recht einerseits wie die Beschränkung andrerseits wird daher auch als eine besondere juristische Eigenschaft der Sache oder des Eigenthums an derselben [g] aufgefaßt [1]. Eine eigentliche Grunddienstbarkeit kann denn auch nur zwischen solchen Grundstücken, welche des Privateigenthums fähig sind [2], bestehen [h], und nur ähnliche Rechte sind es, die auch in Beziehung auf andere Grundstücke anerkannt werden [i]. Es wird aber 1) zum Daseyn einer Grunddienstbarkeit erfordert, daß sie eben für das berechtigte Grundstück vortheilhaft (praedio utilis) sey, d. h. den Nutzwerth des Grundeigenthums erhöhe, also der Regel nach für jeden Besitzer desselben als solchen, in Rücksicht auf die Benutzung eben dieses Grundstücks, von Werth seyn könne, sey es auch nur wegen Erhöhung der Annehmlichkeit [k]. Daher 2) müssen die Grundstücke benachbarte seyn, praedia vicina, d. h. in solchem örtlichen Verhältniß zu einander, daß die fragliche Beschränkung des einen wirklich für das andere Vortheil gewähren könne [l]. Auch erstrecken sich 3) die Befugnisse der Berechtigten vermöge der Grunddienstbarkeit nicht weiter, als dem Bedürfniß des herrschenden Grundstücks entspricht, also zu dessen Benutzung diensam ist, daher die Ausübung nicht zum Vortheil dritter Personen stattfindet [m]. 4) Die Berechtigung kann rücksichtlich der Zeit oder des Ortes oder sonst

[b] L. 20. §. 1. D. de acquir. dom. 41. 1. L. 12. D comm. praed. 8. 4. [c] L. 44. D. locati. 19. 2. [d] L. 5. §. 9. D. de op. n. n. 39. 1. [e] L. 4. §. 3. D. si serv. vind. 8. 5. L. 6. §. 1. L. 12. 13. D. quemadm. serv. am. 8. 6. cf. L. 8. 20. D. eod. L. 17. §. 3. D. de s. p u. 8. 2. u. a. [f] L. 20. §. 1. D. de acquir. dom. 41. 1. L. 8. D. de act. emti. 19. 1. [g] L. 20. §. 1. cit. L. 86. D. de V. S. cf. L. 23. §. 2. D. de s. p. r. 8. 3. [h] L. 1. §. 1. L. 4. L. 13. pr. D. comm. praed. 8. 4. [i] L. 14. §. 1. D. de serv. 8. 1. L. 1. D. si serv. vind. 8. 5. L. 13. pr. cit. cf. L. 2. D. eod. [k] L. 8. pr. L. 15. pr. cf. L. 19. D. de serv. 8. 1. L. 3. pr. D. de aqua. 43. 20. [l] L. 14. §. 2. D. de serv. 8. 1. L. 1. pr. L. 38. 39. D. de s. p. u. 8. 2. L. 5. §. 1. L. 7. §. 1. L. 38. D. de s. p. r. 8. 3. L. 6. pr. D. comm. praed. 8. 4. L. 5. 6. pr. D. si serv. vind. 8. 5. [m] L. 3...6. 24. D. de s. p. r. 8. 3. cf. L. 33. §. 1. D. eod.

der Art und Weise der Ausübung näher bestimmt und beschränkt seyn [n], soll aber auch ohnedies mit schonender Rücksicht für den Eigenthümer der dienenden Sache (civiliter) ausgeübt werden [o]. 5) Dieser kann denn die Befugniß, welche den Inhalt der Dienstbarkeit ausmacht, auch seinerseits ausüben, daher auch mehreren nacheinander ein Recht gleicher Art einräumen [p], soweit die Natur der Sache es zuläßt und nicht das bereits bestehende Recht dadurch beeinträchtigt wird, muß aber jeder dieses hindernden oder schmälernden Verfügung in Betreff der Sache sich enthalten [q], und dem Berechtigten alles gestatten, was zur Ausübung der Servitut erforderlich ist [r]. 6) Das dienende Grundstück soll den Vortheil für das herrschende durch seine dauernde Beschaffenheit, nicht blos zufällig und vorübergehend, gewähren; servitus perpetuam causam habere debet [s]. 7) Die Grunddienstbarkeiten sind an sich untheilbare Rechte [t]; sie haften auch einerseits auf dem ganzen dienenden Grundstück und sind andrerseits mit dem ganzen berechtigten Grundstück gleich einer Eigenschaft der Sache verbunden, können daher nicht blos für einen intellectuellen Theil des einen oder andern Grundstücks erworben oder verloren werden [u], und bestehen nach reeller Theilung des herrschenden oder dienenden Grundstücks für alle Theile fort, sofern sie nicht in ihrer Wirkung blos auf eine bestimmte Oertlichkeit des einen oder andern sich beschränken [v]. Aus diesem Grunde kann auch ein Miteigenthümer keine Servitut an dem gemeinschaftlichen Grundstück für ein ihm allein gehörendes erwerben oder an dem letzten für jenes bestellen [w], während die bestehende Servitut nicht dadurch erlischt, daß ein Miteigenthümer des einen Grundstücks Alleineigenthümer des andern wird oder umgekehrt [x].

Anm. 1 Gegen die nur noch von Böcking vertheidigte Ansicht, daß das Grundstück als juristische Person das eigentliche Subjekt der Servitut sey, vgl.

[n] L. 4. §. 1. L. 5. §. 1. D. de serv. 8. 1. L. 14. D. comm. praed. 8. 4. L. 7. 11. D. quemadm. serv. am. 8. 6. [o] L. 9. D. de serv. 8. 1. L. 20. §. 1. D. de s. p. u. 8. 2. L. 13. §. 3. D. de s. p. r. 8. 3. [p] L. 15. de comm. praed. 8. 4. L. 2. §. 2. D. de s. p. r. 8. 3. [q] L. 13. §. 1. D. l. c. [r] L. 10. D. de serv. 8. 1. L. 12. D. comm. praed. 8. 4. [s] L. 28. D. de s. p. u. 8. 2. L. 23. §. 1. D. de s. p. r. 8. 3. L. 1. §. 5. D. de aqua. 43. 20. L. 1. § 4. D. de fonte. 43. 22. cf. L 9. D. de s. p. r. 8. 3. [t] L. 1. §. 9. D. ad leg. Falc. 35. 2. fragm. Pompon. im Corp. iur. anteiust. p. 168. [u] L. 11. 17. D. de serv. 8. 1. [v] L. 6. §. 1. D. quemadm. serv. am. 8. 6. L. 23. § 3. D. de s. p. r. 8. 3. cf. L. 21. 22. D. eod. L. 9. D. de serv. 8. 1. [w] L. 6. §. 3. D. comm. praed. 8. 4. [x] L. 8. §. 1. D. de serv. 8. 1. L. 30. §. 1. D. de s. p. u. 8. 2. L 27. D. de s. p. r. 8. 3. L. 140. §. 2. D. de V. O.

oben §. 41. Anm. 4. Entsprechender ist es, mit Brinz I. §. 69. die Prädialservituten nicht als Rechte der „Grundstücke", sondern als „Rechte des Grundeigenthums" zu denken; das „ius praedii" als ein Recht des Grundeigenthums, den fundus servus und liber als belastetes und freies Grundeigen zu übersetzen. Vgl. §. 126. Anm. 1.

2 Vgl. Böcking Inst. §. 162. not. 34...40. Ob und wiefern eine Servitut auch ohne Beziehung auf Eigenthum, also auch an herrnlosem Grundstück bestehen und fortbestehen könne? (Elvers §. 4.) vgl. Böcking Inst. §. 159. not. 7. §. 160. not. 18. 19. §. 161. not. 12. Brinz I. S. 254.

3 Ueber das Wesen der Grunddienstbarkeiten überhaupt vergl. Zachariä, wissenschaftliche Entw. der Lehre des R. Rts von den binglichen Servituten, in Hugo's civ. Mag. II. 15. Schrader civ. Abh. nro. V., „wie kam man auf die vielen auffallenden Sätze bei den dinglichen Dienstbarkeiten?" Vang. §. 340. Elvers a. a. O. und zwar zu 1) S. 138. fg., zu 2) S. 166. fg., zu 3) S. 220. fg., zu 4) und 5) S. 41. fg., zu 6) S. 151. fg., und zu 7) S. 102. fg. zudem noch zu not. h. i. S. 123 fg. 267. fg., mit Böcking Inst. §. 159...162. 169., insbesondere zu Nr. 7. Heinzelmann, die Untheilbarkeit der Servituten, Nördlingen 1854. und dagegen Kuntze in der Heidelberger krit. Zeitschrift I. S. 546. fg.

§. 184.

b) Arten der Grunddienstbarkeiten.

Die Grunddienstbarkeiten sind 1) entweder affirmative oder negative Servituten[1], je nachdem sie dem Berechtigten eine positive Befugniß oder blos ein Untersagungsrecht gewähren, den Eigenthümer des dienenden Grundstücks also entweder etwas zu dulden oder etwas zu unterlassen nöthigen, was er als unbeschränkter Eigenthümer zu verhindern, beziehungsweise zu thun berechtigt wäre[a]; 2) entweder ständige oder unständige Dienstbarkeiten, servitutes continuae oder discontinuae[2], je nachdem entweder dieselben wesentlich in dem Recht der Behauptung eines gewissen ununterbrochen dauernden Zustandes bestehen, wie bei negativen und bei solchen affirmativen Servituten der Fall ist, die durch eine gewisse bleibende Vorrichtung ausgeübt werden, oder vielmehr zur Ausübung des Rechts ein Handeln von Seiten des Berechtigten gehört[b]; 3) entweder servitutes praediorum urbanorum, s. urbanae, Gebäudedienstbarkeiten oder servitutes praediorum rusticorum, s. rusticae, Felddienstbarkeiten, je nachdem dieselben für ein Gebäude[c], praedium urbanum, es sey in der Stadt

[a] L. 15. §. 1. D. de serv. 8. 1. (§. 176. Anm. a.). [b] Vgl. L. 14. pr. D. l. c.
[c] pr. §. 1...3. J. h. t. 2. 3.

oder auf dem Lande [d], bestehen, oder den Zwecken eines freiliegenden, also vorzüglich eines zu landwirthschaftlicher Benutzung geeigneten Grundstücks, praedium rusticum [e], zu dienen bestimmt sind [3]. Diese Eintheilung wird im römischen Recht dem Anschein nach als die wichtigste hervorgehoben, und werden von beiden Arten in besondern Titeln [f] viele einzelne Beispiele erwähnt; es ist aber weder deren Angabe als erschöpfend, noch sind alle einzelnen Bestimmungen darüber als praktische Rechtssätze anzusehen, indem vielmehr nach Bedürfniß neue Grunddienstbarkeiten sich ergeben können, und für die Bestimmung des Inhalts einzelner Grunddienstbarkeiten die heutige Sprache, Vorstellung und Gewohnheit entscheidend sind. Nur unter diesem Vorbehalt werden die einzelnen Fälle in den folgenden §§. näher angegeben.

Anm. 1 Die Quellen bezeichnen diesen Unterschied vom Standpunkt des dienenden Grundstücks durch den Gegensatz: „ut aliquid patiatur aut non faciat" sc. dominus fundi servientis. §. 176. Anm. a. Vom Standpunkt des Berechtigten heißt die negative Servitut gelegentlich ius prohibendi, die affirmative ius faciendi. Neuere unterscheiden: servitutes prohibendi, habendi und faciendi. Stever de servitut. praed. Rost. 1817. Vang. §. 339. S. 796. fg.

2 Vgl. Code Nap. art. 688. Les servitudes continues sont celles, dont l'usage est ou peut être continuel, sans avoir besoin du fait actuel de l'homme; tels sont les conduites d'eau (vgl. Vang. S. 797.), les égouts, les vues etc. — Les servitudes discontinues sont celles qui ont besoin du fait actuel de l'homme, pour être exercées: tels sont les droits de passage, de puisages etc. — Eine andre Eintheilung im Code Nap. art. 689.: Les servitudes apparentes (offene oder augenfällige Dienstbarkeiten) sont celles qui s'annoncent par des ouvrages extérieurs, tels qu'une porte, une fenêtre, un aqueduc. Les servitudes non apparentes (verborgene Dienstbarkeiten) sont celles qui n'ont pas de signe extérieur de leur existence, comme, par exemple, la prohibition de batir sur un fonds ou de ne batir qu'à une hauteur determinée. In der That findet sich auch diese Verschiedenheit schon im R. R., so zwar, daß auch unständige Servituten doch apparentes sind (§. 186. Anm. 2. a. γ. und c. α.). Schmid in d. Ztschr. f. gesch. Rtsw. XV. S. 81.

3 Ueber das eigentliche Unterscheidungsmerkmal der servitutes rusticae und urbanae, das in den Quellen nicht genau bezeichnet ist, insbesondere darüber, ob es auf den Charakter des herrschenden oder dienenden Grundstücks ankomme, waren die Meinungen immer sehr verschieden. Vgl. Glück IX. S. 21. fg. In

d L. 1. D. comm. praed. 8. 4. §. 1. J. h. t. L. 198. D. de V. S. e L. 198. cf. L. 211. D. de V. S. L. 13. pr. D. de s. p. r. 8. 3. f Dig. de servitutibus praediorum urbanorum. 8. 2. de servitutibus praediorum rusticorum 8. 3.

der jüngsten Zeit war die im Text angegebene die herrschende. Mühlenbruch §. 276. not. 2. 8. Puchta §. 183. not. e. Böcking Inst. §. 161. not. 12...28. und Anh. I. Brinz §. 70. Unterholzner Verjährungslehre §. 191., jedoch mit Abweichungen in Bestimmung des Begriffs des praedium urbanum und rusticum. Dagegen stellte von der Pfordten im civ. Arch. XXII. S. 7. eine andere Unterscheidung auf, wornach s. p. u. diejenigen seyn sollen, welche zu ihrer Existenz wenigstens ein Gebäude, gleichviel ob als herrschend oder als dienend, erfordern, s. p. r. aber diejenigen, welche auch zwischen zwei leeren Grundstücken bestehen können; während Stever und Vang. a. a. O. (Anm. 1.) die s. p. u. mit den von ihnen sogenannten servitutes habendi und prohibendi, die s. p. r. mit den sogen. servitutes faciendi für identisch halten. Vgl. dagegen Mühlenbruch und Puchta a. a. O. und des letzten Vorles. I. S. 355. fg. Böcking §. 161. not. 30...32.; vermittelnd Hoffmann §. 74. Sint. §. 61. not. 14. 15. — Gewiß ist, daß manche Servituten solcher Art, welche vorzugsweise als iura praediorum rusticorum vorkommen, auch iura praediorum urbanorum seyn können; L. 20. §. 1. D. de s. p. u. 8. 2. L. §. 1. D. de itinere 43. 19. L. 1. §. 11. D. de aqua quot. 43. 20., und umgekehrt: L. 2. pr. D. de s. p. u. 8. 3. Rusticorum (etiam) praediorum servitutes sunt: licere altius tollere et officere praetorio vicini, vel cloacam habere licere per vicini domum, vel praetorium vel protectum habere licere (Mühlenbruch §. 276. not. 8.), sowie auch, daß einem praedium urbanum an einem praedium rusticum, und umgekehrt, eine Servitut zustehen könne: L. 17. pr. L. 20. §. 6. D. de s. p. u. 8. 2. L. 1. §. 8. D. de cloacis. 43. 23. cf. L. 7. §. 1. L. 14. D. comm. praed. 8. 4. L. 11. §. 1. D. de Publ. act. 6. 2. Uebrigens vgl. noch pr. J. h. t. Rusticorum praediorum *iura* sunt haec: iter, actus etc. ... §. 1. Praediorum urbanorum servitutes sunt, quae aedificiis inhaerent; ideo urbanorum praediorum dictae, quoniam aedificia omnia urbana praedia appellamus, etsi in villa aedificata sint. — L. 3. D. de serv. 8. 1. Servitutes praediorum aliae in solo, aliae in superficie consistunt. Eine materielle Bedeutung der Unterscheidung bestreiten Zachariä von Lingenthal, über die Unterscheidung zwischen servitutes rusticae und urbanae. Heidelberg 1844. Elvers a. a. O. §. 37...41. Vgl. unten §. 185. Anm. 6. §. 194. Anm. 3. §. 367. Anm. 2.

§. 185.

c) Einzelne Gebäudedienstbarkeiten.

Die Dienstbarkeiten, welche namentlich als servitutes praediorum urbanorum in den Quellen vorkommen [1], sind theils affirmative, theils negative. Die ersten enthalten regelmäßig das Recht einer gewissen Vorrichtung des herrschenden Grundstücks, die sich entweder unmittelbar auf das dienende Grundstück erstreckt, oder wenigstens in ihren Wirkungen Einfluß auf dasselbe ausübt. Ihrem Inhalt nach gewähren sie z. B. die Befugniß, ein Bauwerk

auf dem dienenden Grundstück als Stütze für das herrschende Gebäude zu benützen[2], oder dieses in den Raum über jenem vorspringen zu lassen[3], oder von dem herrschenden Grundstück aus etwas auf oder über das dienende hinweg zu schaffen[4]. Die negativen dienen dazu, dem herrschenden Grundstück einen Vortheil zu sichern, der ihm durch Aenderungen in dem Zustande des dienenden entzogen werden könnte[5].

Anm. [1] Vergl. überhaupt mit dem tit. Dig. de s. p. u. 8. 2. Vang. §. 342. Puchta §. 184. Sint. §. 62. Seuffert §. 164. Böcking Inst. §. 171.

[2] Dahin gehört a) servitus tigni immittendi. L. 2. 6. D. h. t. L. 8. §. 1. 2. L. 14. pr. D. si serv. 8. 5. L. 242. §. 1. D. de V. S. b) servitus oneris ferendi. Bei dieser hat der Eigenthümer des dienenden Grundstücks das lasttragende Bauwerk in tragfähigem Stande zu erhalten, doch ohne Verpflichtung, auch während der Reparatur das lastende Gebäude zu stützen, und mit dem Recht, durch Dereliction der belasteten Sache jener Verbindlichkeit sich zu entledigen. L. 6. §. 2 ... 7. L. 8. pr. §. 2. D. si serv. vind. 8. 5. L. 33. D. h. t. „Es ist dies keine Ausnahme von dem Grundsatz „servitus in faciendo consistere non potest“; sondern der Eigenthümer stellt dem herrschenden Grundstück eine taugliche Mauer, also, wenn diese untauglich geworden ist, eine reparirte.“ Puchta not. c. vgl. Vang. Anm. 2. Dagegen Elvers S. 55. fg. und hinwieder Böcking Inst. §. 160. not. 15.

[3] Servitus proiiciendi, Recht des Vorbaues, z. B. eines Erkers oder Balkons; servitus protegendi, Recht des Vordachs. L. 2. D. h. t. L. 22. §. 4. D. quod vi. 43. 24. L. 242. §. 1. D. de V. S.

[4] So die servitus stillicidii oder fluminis recipiendi (avertendi, immittendi), d. i. das Recht, das Regenwasser im Tropfenfall oder in einen Strom gesammelt auf das dienende Grundstück abfließen zu lassen. L. 2. 17. §. 3. L. 20. §. 2 ... 5. L. 28. in f. D. h. t. Vgl. Weiske, Behandlung einiger civilrtl. Ggstde. Leipzig 1829. Abh. IV. „Erörtr. der Grundsätze vom Traufrecht.“ Sodann servitus fumi immittendi, desgl. aquae immitt., vaporum immitt. L. 8. §. 5 ... 7. D. si serv. vind. 8. 5. (§. 131. Anm. 3.), und servitus cloacae immittendae, das Recht, den Unrath auf oder durch das dienende Grundstück abzuleiten. L. 7. D. de serv. 8. 1. L. 1. pr. §. 4. D. de cloacis. 43. 23. cf. L. 17. §. 2. D. si serv. vind. 8. 5. Das hier erwähnte Recht, eine Düngerstätte (sterculinum) an des Nachbars Mauer zu halten, möchte wohl nicht passend servitus cloacae heißen, noch auch vorzugsweise als s. p. u. vorkommen.

[5] Servituten dieser Art sind die servitus altius non tollendi, Recht, das Höherbauen, überhaupt oder über ein gewisses Maß, auch wohl die Errichtung eines Gebäudes oder eine andere Erhöhung des Bodens, zu untersagen, als Sonne, Licht, Aussicht u. s. w. hindernd, L. 2. 4. 12. D. h. t.; sodann bestimmter den Zweck bezeichnend, servitus ne luminibus oder ne prospectui officiatur, das Recht, dem Nachbarn Alles zu untersagen, wodurch den Fenstern das Licht verkümmert oder eine Aussicht verdeckt wird, z. B. auch Baum-

pflanzungen und selbst Aufstellung transportabler Gewächse. §. 2. J. de act. 4. 6. L. 3. 4. 12. 15...17. §. 2. L. 22. 23. D. h. t. Neben der servitus, ne luminibus officiatur, kommt noch eine servitus luminum vor. L. 4. D. h. t. Luminum in servitute constituta id acquisitum videtur, ut vicinus lumina nostra excipiat. cf. L. 40. eod. Eos, qui ius luminis immittendi non habuerunt, aperto parieti communi nullo iure fenestras immisisse respondi. L. 8. Cod. h. 3. 34. „In pariete tuo si fenestram . . . fecisse convincatur etc." Ueber die vielerlei abweichenden Erklärungen vergl. Vang. Anm. 1. Der ganze Streit könnte uns „praktisch nur dann interessiren, wenn Jemand auf die bizarre Idee käme, sich ohne weitere Beschreibung eine servitus luminum mit den römischen Worten bestellen zu lassen." Vang. Anm. 1. a. E. — In Beziehung auf die servitus ne prospectui officiatur bemerkt Seuffert §. 164. not. 13. mit Recht, sie könne auch zum Vortheil eines leeren Grundstücks vorkommen, was denn freilich nach der von ihm angenommenen Begriffbestimmung von der Pfordten's (§. 184. Anm. 2.) eine Anomalie sey. Aber auch die servitus altius non tollendi läßt sich zum Vortheil eines leeren Grundstücks denken, und zwar auch gegen ein leeres Grundstück, so daß da, wo noch kein Gebäude ist, auch keins entstehen noch sonst irgend eine Erhöhung, z. B. Aufwerfen eines Hügels, einer Terrasse u. dgl., stattfinden dürfe, und zwar könnte eine solche negative Servitut wohl auch aus landwirthschaftlichen Rücksichten für ein praedium rusticum eingeräumt seyn.

[6] In den Quellen werden auch einige servitutes p. u. genannt, die nur Befreiung von einer Beschränkung zu enthalten scheinen; serv. altius tollendi et officiendi luminibus vicini, stillicidii non avertendi. L. 2. D. de s. p. u. 8. 2. L. 2. D. de s. p. r. 8. 3. §. 1. J. de serv. 2. 3. und Theophil. ad. h. l. Ueber die verschiedenartigen Erklärungsversuche vgl. Vang. §. 342. Anm. 3. Puchta §. 184. a. E. Scheurl in der Ztschr. f. gesch. Rtsw. XII. S. 255. fg. Elvers §. 39. Böcking Inst. §. 171. not. 60...84. Die wahrscheinlichste Erklärung, wenigstens für die beiden ersterwähnten Servituten, ist immer noch die, daß Gewohnheitsrecht oder Bauordnungen den Eigenthümern gewisse Beschränkungen zu Gunsten der Nachbarn auflegten, die durch Einräumungen von Seiten der letzten beseitigt werden konnten, L. 11. pr. D. de s. p. u. 8. 2. L. 12. §. 1. 4. L. 13. Cod. de aedific. priv. 8. 10.; und unzweifelhaft ist es, daß, wo dergleichen Vorschriften, nicht etwa als absolut gebietende oder verbietende, bestehen, Servituten ähnlicher Art stattfinden können. arg. L. 2. §. 10. D. de aquae pluv. 39. 3. Seuffert §. 164. a. E. Jene Baugesetze brauchten auch keine allgemeinen für das ganze Reich zu seyn; wenn sie nur für die Stadt Rom bestanden, so war dieß Anlaß genug, von solchen Servituten zu reden; und verfehlt ist die Bemerkung (Vang. S. 835.), daß diese ja dann auch nichts anders als Aufhebung einer Servitut, einer servitus legalis nämlich, gewesen wären; denn die sogenannte gesetzliche Grunddienstbarkeit ist in der That keine Servitut (§. 131.). Damit stimmt auch Witte in Linde's Ztschr. n. F. S. 402. überein, obwohl er S. 400. diese Anm. zu bekämpfen scheint. Verwerflich ist jedenfalls die Ansicht Vangerow's, nach welcher es eine Eigenthümlichkeit der s. p. u. in seinem Sinn, d. i. der sogen. serv. habendi und

prohibendi, seyn soll, daß sie, und nur sie, vom Eigenthum vollständig abgetrennte Bestandtheile seyen, die nun durch Errichtung einer neuen Servitut wieder gewonnen werden müßten.

§. 186.

d) Einzelne Felddienstbarkeiten.

Die servitutes praediorum rusticorum, welche in den Quellen als solche vorkommen, haben theils den Zweck, den Zugang zu dem berechtigten Grundstück zu gewähren oder zu erleichtern, theils sonst die Benutzung desselben zu befördern oder deren Ertrag zu vermehren, und zwar in den manchfaltigsten Beziehungen, welche bei der Bewirthschaftung des herrschenden Gutes, das auch ein ganzes Landgut oder ein Inbegriff verschiedener Grundstücke seyn kann, in Betracht kommen können, jedoch immer mit Rücksicht auf das Bedürfniß dieses herrschenden Gutes nach seiner eigenthümlichen Beschaffenheit und darauf beruhenden Nutzbarkeit. Von Seiten des dienenden Grundstücks aber kann der Vortheil, welchen die Servitut bezweckt, theils schon durch den Grund und Boden selbst, theils auch durch dessen Erzeugnisse gewährt werden.

Anm. 1 Vgl. überhaupt mit dem tit. Dig. de servitutibus praediorum rusticorum 8. 3. Puchta §. 185. Sint. §. 13. Seuffert §. 165. Böcking Inst. §. 170.

2 Einzelne namhafte Servituten dieser Art sind:

a) Weggerechtigkeiten, und zwar (abgesehen von einem sogenannten Wasserweg, navigandi servitus, L. 23. §. 1. D. h. t., also zu Lande:) in dreifacher Gestalt: *α*) Iter, i. e. ius eundi ambulandi hominis, in der Regel auch das Recht, zu reiten und sich in einer Sänfte tragen zu lassen, enthaltend. *β*) Actus, i. e. ius agendi vel iumentum vel vehiculum, also in der Regel das Recht, über das dienende Grundstück Vieh zu treiben und zu fahren, damit zugleich aber auch das ius itineris enthaltend. *γ*) Via, i. e. ius eundi agendi, et iter et actum in se continens, wesentlich das Recht des Fahrens enthaltend, in der Regel auch das Recht, Balken und Steine zu schleifen und hastam rectam ferendi (weshalb also ein gewisser Raum in der Höhe freizulassen ist), wobei ein hergerichteter Weg, eine eigentliche Fahrstraße, vorausgesetzt wird, deren Breite der Regel nach auf 8 römische Fuß gerade aus, auf das Doppelte, wo der Weg sich bricht (in anfractum), angenommen wird. pr. J. h. t. 2. 3. L. 1. pr. L. 7. pr. L. 8. L. 12...14. L. 23. pr. D. h. t. L. 4. § 1. L. 9. 13. D. de serv. 8. 1. Puchta, über die Wegeservituten des Römischen Rts, in dessen civ. Abh. Nr. III. (kl. Schr. Nr. IV.). Im heutigen Rechtsleben entsprechen jener Stufenfolge ungefähr die Ausdrücke: Fußsteig-, Viehtrift- und Fahrweg-Gerechtigkeit, jedoch streitig, in welchem Umfange und wiefern unter Anwendbarkeit der nähern Bestimmungen des Römischen Rts? Sommer

im civ. Archiv III. 20., Gensler daselbst IV. 20., Seuffert Erörtr. II. im Vorwort und S. 56. fg., Vangerow §. 341., Puchta §. 185. not. f., Sint. §. 63. not. 14...16. Jedenfalls kommt es auf die aus Sprachgebrauch, Sitte und Oertlichkeit zu erkennende Willensmeinung der Constituenten an, und in jedem Fall muß der Berechtigte sein Recht civiliter ausüben (§. 183. Nr. 4.), und der Eigenthümer des dienenden Grundstücks kann daher auch die Festsetzung eines bestimmten Weges verlangen. L. 9. D. de serv. 8. 1. L. 13. §. 1. 3. D. h. t.

b) Das Recht, gewisse Gegenstände von dem herrschenden Grundstück auf dem dienenden niederzulegen oder über dasselbe hinwegzuführen, L. 3. §. 1. 2. L. 6. §. 1. D. h. t., desgl. s. aquam educendi fundi siccandi causa. L. 29. D. h. t.

c) Servituten auf Wasser-Benutzung oder Leitung, namentlich α) s. aquaeductus, das Recht, Wasser aus dem dienenden Grundstück oder über dasselbe herzuleiten (aqua quotidiana oder aestiva, diurna oder nocturna), mit dem Rechte, die nöthigen Rinnen anzulegen oder zu unterhalten. L. 1. pr. L. 15. 21. 22. D. h. t. L. 9. D. de serv. 8. 1. L. 17. pr. §. 1. D. de aqua pluv. 39. 3. Dig. de aqua quot. 43. 20. de rivis. 43. 21. β) s. aquaehaustus oder aquae hauriendae. L. 1. §. 1. L. 2. §. 1. L. 3. §. 3. L. 9. 20. §. 3. D. h. t. L. 14. §. 2. D. de serv. 8. 1. γ) s. pecoris ad aquam appulsus. §. 2. J. h. t. L. 1. §. 1. L. 4. D. h. t.

d) Servituten auf Benutzung verschiedener anderer Erzeugnisse des dienenden Grundstücks für das Bedürfniß des herrschenden, namentlich α) s. pascendi, das Recht, das Vieh, welches zum landwirthschaftlichen Betriebe des herrschenden Gutes gehört, auf das dienende Grundstück zur Weide zu treiben, L. 1. §. 1. L. 3. pr. L. 4. 6. §. 1. D. h. t., worüber jedoch erst das deutsche Recht eine weit ausgebildetere Theorie aufstellt. Seuffert §. 165. Nr. 2. Mittermaier deutsches Privatr. I. §. 168. fg., sodann β) s. cretae eximendae, arenae fodiendae, lapidis eximendi, calcis coquendae, silvae caeduae. L. 1. §. 1. L. 3. §. 1. L. 5. §. 1. L. 6. D. h. t. §. 2. J. h. t.

3 Negative Servituten werden als s. p. r. nicht ausdrücklich erwähnt; jedoch kann die in L. 15. pr. D. de serv. 8. 1. erwähnte Servitut (si concedas mihi, ius tibi non esse, in fundo tuo aquam quaerere minuendae aquae meae gratia) wenigstens eben sowohl als s. p. r. wie als s. p. u. gedacht werden. Vgl. §. 185. Anm. 5. a. E.

§. 187.

II. Besitz der Dienstbarkeiten.

Besitz einer Dienstbarkeit ist das thatsächliche Verhältniß, welches durch wirkliche Ausübung der Dienstbarkeit entsteht, abgesehen davon, ob diese auch als Recht bestehe (§. 129). Diesem sind analog gleiche juristische Wirkungen beigelegt, wie dem Besitz einer Sache als thatsächlicher Ausübung des Eigenthums (§. 135. 136., vgl. §. 189. 192); es ist daher, wie dieser, ein juristisches

Verhältniß, iuris quasi possessio genannt [a], im Gegensatz der corporis possessio [b], weil nach natürlicher Anschauung nur körperliche Sachen als Gegenstand des Besitzes gedacht werden [c]. Wie nun zum Eigenthumsbesitze corpus und animus, so ist zum Erwerbe dieses Rechtsbesitzes erforderlich 1) die Vornahme solcher Handlungen oder thatsächliche Behauptung eines solchen Zustandes, wozu das Recht der Dienstbarkeit die Befugniß geben würde, in eigener Person oder durch einen Stellvertreter. Bei den persönlichen Servituten gehört dazu regelmäßig der natürliche Besitz der Sache, welcher als Sachbesitz nicht juristischer Besitz ist [d], aber den juristischen Besitz der Servitut in sich schließt [e]; bei andern affirmativen Servituten nach Verschiedenheit ihres Inhalts (§. 184) entweder die dauernde Vorrichtung an der Sache [f] oder die wirkliche Vornahme der Handlungen, wozu die Servitut das Recht gibt [g]; bei negativen Servituten ein Verbot von Seiten des Berechtigten gegen solche Handlungen, welche dem Recht der Servitut widerstreiten würden, oder auch eine Willenserklärung von der andern Seite, derselben sich enthalten zu wollen. 2) der Wille, ein Recht der Dienstbarkeit auszuüben, animus ius quasi possidendi [1], wobei aber die Meinung, das Recht wirklich zu haben, eben so wenig wesentlich ist, wie bei dem Eigenthumsbesitze, die Meinung, Eigenthümer zu seyn [h]. Geschieht es nun durch Einräumung von der andern Seite, daß sich Jemand in dieses Verhältniß thatsächlicher Ausübung der Dienstbarkeit versetzt, so liegt darin eine iuris quasi traditio [2], analog der Tradition einer körperlichen Sache [i].

Verloren wird der Besitz der Dienstbarkeiten entweder durch Aufgeben des Besitzes (animo non possidendi), oder durch Entziehung der Möglichkeit, das Recht ferner nach Belieben auszuüben (quasi corpore.) Wo diese mit der Detention der Sache verbunden ist, kann der Verlust ganz in ähnlicher Weise eintreten, wie der Verlust des Sachenbesitzes (§. 142); in andern Fällen

[a] Gai. IV. 139. L. 3. §. 17. D. de vi. 43. 16. L. 10. pr. D. si serv. vind. 8. 5. L. 23. §. 3. D. ex quib. caus. mai. 4. 6. [b] L. 2. §. 3. D. de precario. 43. 26. [c] L. 3. pr. D. de poss. 41. 2. L. 4. §. 27. D. de usurp. et usucap. 41. 3. [d] L. 1. § 8. L. 12. D. de poss. 41. 2. L. 6. §. 2. D. de precario. 43. 26. §. 4. J. per quas pers. 2. 9. [e] L. 3. §. 17. cit. L. 4. D. uti poss. 43. 17. [f] L. 20. pr. D. de s. p. u. 8. 2. cf. L. 8. §. 3. D. si serv. vind. 8. 5. [g] L. 7. D. de itin. 43. 19. [h] L. 1. §. 2. 6. L. 7. D. l c. L. 25. D. quemadm. serv. am. 8. 6. [i] L. 20. D. de serv. 8. 1. cf. L. 1. §. 2. D. de s. p. r. 8. 3. L. 11. §. 1. D. de Publ. act. 6. 2.

geschieht es durch völlige Beseitigung der erforderlichen Vorrichtung oder Entgegenstellung eines Hindernisses beliebiger Wiederholung der Ausübungshandlungen, oder Entgegenhandeln gegen das in der Servitut enthaltene Verbietungsrecht [k]. Bei unständigen Dienstbarkeiten aber kann der Besitz auch dann nicht mehr als fortdauernd gelten, wenn längere Zeit hindurch eine Handlung zur Ausübung des Rechts gar nicht mehr vorgenommen worden ist (§. 189. 194. a. E.).

Anm. [1] L. 7. D. de itin. Si per fundum tuum nec vi nec clam nec precario commeavit aliquis, non tamen tanquam id suo iure faceret, sed si prohiberetur, non facturus, inutile est ei interdictum de itinere actuque, nam ut hoc interdictum competat, ius fundi possedisse oportet. — L. 25. D. 8. 6. Servitute usus non videtur nisi qui suo iure uti se credidit; ideoque si quis pro via publica vel pro alterius servitute usus sit, nec interdictum nec actio utiliter competit.

[2] L. 20. D. h. t. 8. 1. Quoties via aut aliquod ius fundi emeretur cavendum putat esse Labeo, per te non fieri, quominus eo iure uti possit, quia nulla eiusmodi iuris vacua traditio esset. Ego puto, usum eius iuris pro traditione possessionis accipiendum esse; ideoque et interdicta veluti possessoria constituta sunt.

[3] Ueber den Erwerb und Verlust des Servitutenbesitzes vgl. überhaupt Savigny Rt des Besitzes. §. 45. 46.

III. Entstehung der Dienstbarkeiten.

§. 188.

A. Durch Bestellung.

Eine Dienstbarkeit kann erworben werden 1) durch Bestellung von Seiten des Eigenthümers [a] der Sache, welche dienstbar seyn soll; diese geschieht a) durch letztwillige Verfügung, Vermächtniß [b], oder b) durch Vertrag, und zwar α) durch selbständigen auf diesen Zweck gerichteten Vertrag [c], wobei aber vorausgesetzt wird, daß der Wille auf sofortige Entstehung des dinglichen Rechts [1], nicht blos auf eine Verpflichtung zu künftiger Bestellung gerichtet sey [d], wenn

[k] L. 6. 20. pr. D. de s. p. u. 8. 2.

[a] L. 6. pr. D. comm. praed. 8. 4. cf. α) L. 7. Cod. de reb. alien. 4. 51. (§. 132.) β) L. 15. §. 7. L. 16. D. de usufr. 7. 1. (§. 179. Anm. 4). γ) L. 2. D. de serv. 8. 1. L. 34. D. de s. p. u. 8. 3. L. 18. D. comm. praed. 8. 4. (§. 133. 183. num. 7.). δ) L. 1. pr. D. quib. mod. usufr. am. 7. 4. L. 1. §. 6. 9. D. de superfic. 43. 18. (§. 195.). [b] Dig. de usu et usufructu legato. 33. 2. de servitute legata. 33. 3. §. 4. J. de serv. 2. 3. §. 1. J. de usufr. 2. 4. L. 3. pr. D. de usufr. 7. 1. cf. L. 1. Cod. comm. de legat. 6. 43. [c] §. 1. 4. J. citt. L. 3. pr. L. 25. §. 7. D. l. c. L. 3. Cod. de serv. 3. 34. cf. Gai. II. 29...32. [d] L. 11. 17. D. de serv. 8. 1. L. 19. D. de s. p. r. 8. 3. L. 25. §. 9. D. fam. erc. 10. 2. L. 3. D. de O. et A. 44. 7. cf L. 6. §. 3. D. comm. praed. 8. 4.

gleich mit der Einräumung des dinglichen Rechts zu größerer Sicherheit des Erwerbers auch noch eine persönliche Verpflichtung des Bestellers verbunden seyn kann [e], β) durch Vorbehalt (deductio oder exceptio servitutis) bei Gelegenheit der Eigenthumsübertragung [f], 2) durch richterliche Bestellung, und zwar durch Adjudicatio im Theilungsverfahren [g], oder auch durch ein Decret, welches zur Vollziehung eines Urtheils gegen den ungehorsamen Beklagten eine von demselben zu bestellende Servitut für bestellt erklärt, oder eine verlorne Servitut durch in integrum restitutio wieder herstellt [h]. Uebrigens kann eine Grunddienstbarkeit nur dem Eigenthümer [i] des Grundstücks, für welches sie erworben werden soll, Miteigenthümern [k] gemeinschaftlich, wenn auch nicht nothwendig durch gleichzeitigen Act [2], wirksam bestellt werden.

Anm. [1] Früher war es herrschende Ansicht, zusammenhängend mit der Theorie von titulus und modus adquirendi (§. 127.), daß der Vertrag allein zur Entstehung des dinglichen Rechts nicht genüge, sondern noch quasi traditio hinzukommen müsse, und diese Ansicht wird auch jetzt noch von einigen Juristen vertheidigt, u. a. Francke civ. Abh. Nr. III. Vang. §. 350. Vgl. dagegen u. u. Schmidlein de servitutibus per pactum constituendis. Götting. 1823. Michelsen im civ. Archiv VIII. 14. Hasse im Rhein. Mus. I. S. 64...128. Haertel de serv. per pacta et stipulationes const. Lips. 1828. Puchta Inst. II. §. 256. Vorles. I. S. 359. fg. „Niemals hat man einen einigermaßen scheinbaren Grund für die Nothwendigkeit der Tradition aufgestellt." Dagegen wieder Brinz I. S. 273. In Betreff der Stellen, welche der Tradition der Servituten erwähnen, worin aber „nirgends bestimmt gesagt ist, es müsse die quasi traditio dem bloßen Vertrage hinzutreten, damit das dingliche Servitutenrecht entstehe" (Vang. S. 859.), vgl. unten §. 191. Anm. — Servitutenentstehung durch Widmung? Seuffert's Archiv XI. 121. Vgl. Code Napol. art. 692...694.

[2] Ueber diesen Punkt, insbesondere L. 18. D. 8. 4. vgl. Huschke in Linde's Ztschr. n. F. IV. S. 305...313.

§. 189.

B. Durch Ersitzung.

Dienstbarkeiten, sowohl persönliche als Grunddienstbarkeiten, werden durch longi temporis quasi possessio erworben, dadurch

[e] cf. L. 2. §. 5. 6. L. 38. §. 10. 11. L. 85. §. 3. L. 111. D. de V. O. 45. 1. [f] L. 32. 36. §. 1. L. 54. D. de usufr. 7. 1. L. 1. §. 4. L. 3. §. 1. D. de usufr. accresc. 7. 2. L. 34. 35. D. de s. p. u. 8. 2. L. 30. 33. pr. 36. D. de s. p. r. 8. 3. L. 3. 5...8. 10. D. comm. praed. 8. 4. cf. Gai. II. 33. fragm. Vat. §. 47. 50. [g] L. 6. §. 1. D. de usufr. 7. 1. L. 16. §. 1. L. 22. §. 3. D. fam. erc. 10. 2. L. 18. D. comm. div. 10. 3. cf. fragm. Vat. §. 47. [h] cf. L. 8. §. 4. D. si serv. vind. 8. 5. [i] L. 1. §. 1. L. 6. pr. cf. L. 8. D. comm. praed. 8. 4. L. 15. §. 7. D. de usufr. 7. 1. cf. L. 1. §. 9. D. de superfic. 43. 18. [k] L. 5. 18. D. comm. praed. 8. 4. cf. L. 19. D. de s. p. r. 8. 3.

nämlich, daß sie zehn Jahre inter praesentes oder zwanzig Jahre inter absentes, nec vi nec clam nec precario, als Recht ausgeübt wurden [a]. Mehr ist dazu nach römischem Recht nicht erforderlich. Nach heutigem Rechte jedoch ist die Ersitzung ausgeschlossen, wenn erwiesen wird, daß die Ausübung der Dienstbarkeit nicht in gutem Glauben stattgefunden habe [b].

Anm. [1] Vgl. a) L. 4. §. 29. D. de usurp. et usucap. 41. 3. Libertatem servitutum usucapi posse, verius est, quia ~~enim~~ eam usucapionem sustulit lex Scribonia, quae servitutem constituebat, non etiam eam, quae libertatem praestat sublata servitute. L. 14. pr. D. de serv. 8. 1. L. 10. §. 1. D. de usurp. Hoc iure utimur, ut servitutes per se nusquam longo tempore capi possint, cum aedificiis possint: worin eine unpassend angebrachte Interpolation: *l. t. capi* statt *usucapi*, enthalten ist. b) L. 10. pr. D. 8. 5. Si quis diuturno usu et longa quasi possessione ius aquae ducendae nactus sit, non est ei necesse docere de iure, quo aqua constituta est, veluti ex legato vel alio modo, sed utilem habet actionem, ut ostendat, per annos forte tot usum se non vi non clam non precario possedisse (wo in der Vulg. das Wort *usum*, bei Hal. *possedisse* fehlt). L. 1. Cod. 3. 34. Si quas actiones adversus eum, qui aedificium contra veterem formam extruxit, ut luminibus tuis officeret, competere tibi existimas, more solito per iudicem exercere non prohiberis; is, qui iudex erit, longi temporis consuetudinem vicem servitutis obtinere sciet, modo si is, qui pulsatur, nec vi nec clam nec precario possidet. L. 2. Cod. eod. Si aquam per possessionem Martialis eo sciente duxisti, servitutem exemplo rerum immobilium tempore quaesisti. Quodsi ante id spatium eius usus tibi interdictus est, frustra sumtus in ea re factos praestari tibi postulas, cum in aliena possessione operis facti dominium, quoad in eadem causa manet, ad eum pertineat, cuius est possessio.

[2] Streitig: a) die Anwendbarkeit dieser Ersitzung auf servitutes discontinuae? auf negative? auf persönliche? Die erste von manchen ältern Rechtsgelehrten, die zweite noch neuerdings von Bessel im civ. Arch. XIII. 19., die letzte von Neustetel und Zimmern römisch-rechtliche Unters. Nr. V. bestritten; die herrschende Meinung gegen die Beschränkung, arg. L. 12. in f. cit. b) die Anwendbarkeit bei usucapionsunfähigen Sachen? Vangerow §. 351. am Ende, daher Zulässigkeit dreißigjähriger Ersitzung? Seuffert §. 175. c) die Bestimmung der Ersitzungszeit? Zimmern a. a. O. d) ob nicht iustus titulus erforderlich sey? Bessel a. a. O. e) ob bona fides? nach R. R.? arg. L. 25. D. quemadm. serv. am. 8. 6. L. 1. §. 10. D. de aqua quod. 43. 20. Mühlenbruch §. 289. not. 8. Busch im civ. Archiv XXXIII. 1.; nach canonischem Rt? vgl. Unterholzner Verjährungslehre §. 210. f) ob Wissenschaft des

[a] L. 10. pr. D. si serv. vind. 8. 5. L. 5. §. 3. D. de itin. 43. 19. L. 1. §. ult. D. de aqua pluv. 39. 3. L. 1. 2. Cod. de serv. 3. 34. L. 12. in f. Cod. de praescript. l. t. 7. 33. [b] arg. cap. 20. X. de praescript. 2. 26. (§. 109.)

Eigenthümers der dienenden Sache? vgl. Unterholzner §. 212. Hasse im Rh. Mus. II. S. 400. fg. Vgl. überhaupt noch Vang. §. 351. Puchta §. 188. Unterholzner §. 187 ... 216. Seuffert Erörtr. II. S. 60. fg. Hoffmann und Fuhr civilrtl. Verf. I. 1. Buss de servitutum quam vocant acquisitivam praescriptione. Friburg 1829. Muther die Ersitzung der Servituten. Erlangen 1852. Seuffert's Arch. I. 178. 179. 323. 408. II. 141. III. 10. 11. V. 144. 255. VI. 154.

2 Ueber den Beweis der Servitutenersitzung insbesondere vgl. noch Seckendorff im civ. Arch. IV. 11. Hasse a. a. O. S. 394. fg. Busch im civ. Arch. XXXI. 1. 12.

§. 190.

C. Kraft gesetzlicher Bestimmung.

Nur der Nießbrauch entsteht in einigen Fällen ipso iure kraft gesetzlicher Bestimmung (sog. usus fructus legalis): nämlich für den Vater an den bona adventitia der Kinder [a], für den Parens, der eine andere Ehe eingeht, an den zu Gunsten der Kinder aus früherer Ehe verwirkten Gütern [b], und in Folge der Ehescheidung für den unschuldigen Ehegatten an den von dem schuldigen Ehegatten verwirkten Gütern, deren Proprietät den Kindern zufällt [c].

IV. Schutz der Dienstbarkeiten.

§. 191.

A. Schutz des Rechtes. *Confessoria in rem actio.*

Um das Recht der Dienstbarkeit geltend zu machen, ist eine dingliche Klage gegeben, confessoria in rem actio, vindicatio servitutis, ein Gegenstück der negatoria in rem actio [a]. Sie steht dem Servitutberechtigten zu [b], also bei Grunddienstbarkeiten dem Eigenthümer des herrschenden Grundstücks [c], von mehreren Miteigenthümern, wegen der Untheilbarkeit des Rechts, jedem einzelnen in solidum [d], der Berechtigte möge im Besitze des Rechtes seyn oder nicht [e], gegen jeden, welcher ihn in der Ausübung des

[a] Cod. de bon. mat. 6. 60. de bonis quae lib. 6. 61. [b] L. 3. §. 1. L. 5. Cod. de secund. nupt. 5. 9. nov. 22. cap. 23 ... 26. 46. §. 2. (§. 147.). [c] L. 11. §. 1. 2. Cod. de repud. 5. 17. nov. 117. cap. 1. 2.

[a] Dig. si usus fructus petatur vel ad alium pertinere negetur. 7. 6. si servitus vindicetur vel ad alium pertinere negetur. 8. 5. (§. 169.). [b] L. 5. pr. D. de usufr. pet. [c] L. 1. 2. §. 1. L. 6. §. 3 D. si serv. vind. 8. 5. cf. L. 16. D. de serv. 8. 1. L. 3. §. 9. D. de op. n. n. 39. 1. (§. 195.). [d] L. 4. § 3. L. 6. §. 4. D. si serv. vind. L. 1 §. 5. D. de arb. caed. 43. 27. [e] L. 6. §. 1. L. 8. §. 3. D. si serv. vind. L. 5. §. 6. D. si ususfr. pet.

Rechtes stört oder dieses bestreitet [f], bei persönlichen Dienstbarkeiten vorzüglich gegen denjenigen, welcher dem Berechtigten wider sein Recht die Detention der Sache vorenthält [g], doch auch gegen denjenigen, der sich nur eine partielle Anmaßung gegen dieselbe erlaubt, daher insbesondere gegen den, der den Berechtigten an der Ausübung einer dem dienenden Grundstück zustehenden Grunddienstbarkeit hindert [h]. Die Klage bezweckt zunächst Anerkennung des Servitutrechts, und in dieser Beziehung wirkt bei Grunddienstbarkeiten das von einem Miteigenthümer erstrittene günstige Urtheil zugleich zum Vortheil der übrigen [i], wie andrerseits das ungünstige, im Fall gehörig geführten Rechtsstreites, auch gegen die übrigen wirkt [k]. Ist die Servitut während des Rechtsstreites durch Nichtausübung verloren (§. 194. a. E.), so muß sie wiederhergestellt werden [l]. Außerdem muß die Verletzung aufgehoben und dem Kläger wegen des durch die verübte Störung erlittenen Nachtheils Ersatz geleistet [m], bei persönlichen Dienstbarkeiten insbesondere die vorenthaltene Sache nebst den dem Kläger gebührenden Früchten, in ähnlicher Weise wie bei der Eigenthumsklage, herausgegeben [n], fernere Störung aber, nach Umständen unter Auferlegung einer cautio de non amplius turbando, untersagt werden [o]. Bei der servitus oneris ferendi kommt zudem noch die Verbindlichkeit zur Instandhaltung der lasttragenden Mauer in Betracht [p].

Uebrigens kann die confessoria in rem actio auch als quasi Publiciana actio, nach Analogie des §. 170., mit Erfolg angestellt werden [q], sowohl von demjenigen, welchem ein nach §. 170. zur Publiciana in rem actio Berechtigter eine Servitut eingeräumt hat, als von demjenigen, welchem als redlichem Besitzer eines Grundstücks für dieses eine Servitut eingeräumt worden ist.

Anm. Die Publicianische Servitutenklage betreffend sagt L. 11. §. 1. D. 6. 2. Si de usufructu agatur tradito, Publiciana datur, itemque servitutibus urbanorum praediorum per traditionem constitutis vel per

f L. 4. §. 5. L. 10. §. 1. D. si serv. vind. 8. 5. (§. 169. Anm 3.). g L. 5. §. 5. 6. D. si ususfr. pet. L. 60. §. 1. D. de ususfr. 7. 1. h L. 1. pr. D. si ususfr. pet. L. 1. §. 4. D. de remiss. 43. 25. i L. 4. §. 3. D. si serv. vind. k L. 19. D. eod. l L. 5. §. 5. D. si ususfr. pet. L. 8. §. 4. D. si serv. vind. m L. 4. §. 2. 3. L. 6. §. 6. eod. L. 5. Cod. de serv. 3. 34. n L. 5. §. 3...6. D. si ususfr. pet. o L. 7. D. si serv. vind. cf. L. 7. D. de aqua quot. 43 20. JRA. §. 162. p L. 6. §. 4...7. D. si serv. vind. q L. 11. §. 1. D. de Publ. act. 6. 2. cf. L. 1. §. 2. D. de s. p. r. 8. 3. L. 1. pr. D. quib. mod. ususfr. am. 7. 4.

patientiam, forte si per domum quis suam passus est aquaeductum transduci; item rusticorum; nam et hic traditionem et patientiam tuendam constat. Nach ihrem ursprünglichen Sinn hatte diese Stelle wahrscheinlich zunächst den Fall im Auge, wenn der wahre Eigenthümer ohne die nach älterm Recht erforderliche in iure cessio eine Servitut durch quasi traditio eingeräumt hatte, analog dem Fall der Veräußerung einer res mancipi durch bloße Tradition: arg. verb. *per domum suam*, worauf ohne Zweifel auch L. 1. §. 2. D. 8. 3. und L. 1. pr. D. 7. 4. sich bezogen. In diesem Fall aber entsteht nun nach Justinianischem Recht eine vollkommene Servitut. Jetzt ist daher die Stelle auf die im Text bezeichneten Fälle zu deuten. Nun möchte man freilich sagen, es könne dabei nach Justinianischem Rechte auf die quasi traditio nicht ankommen, wenn schon durch bloßen Vertrag die Servitut entsteht (§. 188.), sowie nach §. 170. die Publiciana actio Besitz nicht erfordert, wo der Eigenthumserwerb nicht durch diesen bedingt ist. Allein ein Argument gegen die Richtigkeit jenes Satzes (Vang. S. 859.) kann man daraus, daß die Compilatoren diese Stelle als willkommene aufnahmen, um so weniger herleiten, als einestheils in der servitutis quasi traditio eine handgreifliche Einräumung der Servitut enthalten ist, und anderntheils bei der eigentlichen Publiciana actio Besitzerwerb als eine regelmäßige Voraussetzung denselben vorschwebte. Die herrschende Meinung nimmt übrigens keine Rücksicht darauf, ob der Einräumende publicianischer Besitzer oder etwa sogar malae fidei possessor war. Aber dagegen spricht nicht nur die Analogie des Pfandrechts: L. 18. 21. §. 1. D. de pign. 20. 1. und die Unanwendbarkeit der Fiction der usucapio in direkter Beziehung auf Servituten (§. 189. Anm. a.), sondern auch analog ein ähnliches Bedenken, als welches gegen die unbeschränkte Zulässigkeit der Publiciana actio für denjenigen, welcher ohne Besitzerwerb von einem Andern das Eigenthum erworben zu haben glaubt, geäußert worden ist von Vangerow I. S. 756. Schmid I. S. 361. not. 22. Vgl. Brinz I. S. 277. — Von Puchta §. 186. 191. ferner wird angenommen, daß der bonae fidei possessor eines Grundstückes diesem eine Servitut ipso iure erwerben und nicht blos Publicianam, sondern directam confessoriam actionem anstellen könne; dies ist aber durch keine Stelle belegt, und L. 11. §. 1. cit. spricht dagegen: arg. verb. *per domum suam*, wornach der Mangel nicht in der Person des Quasitradenten, sondern in der des Erwerbers zu suchen ist.

§. 192.

B. Schutz des Besitzes der Dienstbarkeiten.

Was den Besitz der Dienstbarkeiten betrifft, so finden

1) für die persönlichen Dienstbarkeiten, deren Ausübung mit der Detention der Sache verbunden ist, die zum Schutz des Eigenthumsbesitzes bestehenden Interdicte analoge Anwendung, ein interdictum uti possidetis oder utrubi utile [a] und ein interdictum

[a] L. 4. D. uti possid. 43. 17.

de vi utile [b], desgleichen das interdictum de precario [c], wenn die Ausübung der Dienstbarkeit einem Andern auf Widerruf überlassen ist [1].

2) Für einige Grunddienstbarkeiten sind besondere Interdicte aufgestellt, nämlich a) das interdictum de itinere actuque privato für Wegeservituten [d], und zwar pertinens ad tuendas rusticas tantummodo servitutes [e], voraussetzend daß das Recht innerhalb des letzten Jahres vor Anstellung der Klage (im Fall besonderer Hinderungen innerhalb des vorletzten) wenigstens an dreißig Tagen [2] ausgeübt worden sey, nec vi nec clam nec precario ab adversario. Daneben besteht noch ein besonderes interdictum de itinere reficiendo, wobei aber zugleich das Recht der Servitut nachzuweisen ist [f]. b) interdictum de aqua für das Recht der Wasserleitung [g], es bestehe zum Vortheil eines praedium rusticum oder urbanum [h], voraussetzend wenigstens einmalige Ausübung des Rechts im letzten Jahr [i], wenn die Wasserleitung in jeder Jahreszeit benutzt zu werden pflegt (aqua quotidiana), oder in den zwei letzten Sommerhalbjahren, dasjenige, in welchem die Klage angestellt wird, mitgerechnet [k], wenn nur im Sommer (aqua aestiva), oder ebenso in den zwei letzten Winterhalbjahren, wenn nur in dieser Jahreszeit das Wasser benutzt wird [l], und zwar Ausübung in gutem Glauben [m] und nec vi nec clam nec precario [n]. Daneben ebenfalls ein interdictum wegen Ausbesserung, de rivis, unter denselben Voraussetzungen, ohne Beweis des Rechts [o]. Machen Mehrere Anspruch auf dieselbe Wasserleitung (rivales), so findet unter ihnen duplex interdictum de aqua statt [p]. c) interdictum de fonte, für das Recht des Wasserschöpfens, unter gleichen Voraussetzungen wie das interdictum de aqua [q], desgleichen ein interdictum de fonte reficiendo [r]. d) interdictum de cloacis (privatis), welches zwar nur auf Gestattung der Reinigung und Ausbesserung eines bestehenden Abzugcanals geht, ohne weitere Voraussetzungen [s], eben dadurch aber zugleich Schutz im

[b] L. 3. §. 13...17. L. 9. §. 1. L. 10. D. de vi. 43. 16. cf. fragm. Vat. §. 90. 91. [c] arg. L. 12. §. 2. D. de usufr. 7. 1. L. 2. D. de precario. 43. 26. [d] Dig. de itinere actuque privato. 43. 19. [e] L. 1. §. 1. D. l. c. [f] L. 3. §. 11...L. 5. D. l. c. [g] Dig. de aqua quotidiana et aestiva 43. 20. [h] L. 1. §. 11. 13. 14. D. l. c. [i] L. 1. pr. §. 4. 22. D. l. c. [k] L. 1. §. 29...36. L. 6. D. l. c. [l] L. 1. §. 35. D. l. c. [m] L. 1. §. 10. 19. D. l. c. [n] L. 1. §. 10. 20. D. l. c. [o] Dig. de rivis. 43. 21. [p] L. 1. §. 26. D. de aqua. 43. 20. [q] Dig. de fonte. 43. 22. [r] L. un. §. 6. D. l. c. [s] Dig. de cloacis 43. 23.

Besitze des Rechts gewährt[3]. Bei diesem, wie bei den andern Interdicten auf Ausbesserung, muß übrigens dem Besitzer des dienenden Grundstücks wegen der für denselben zu befürchtenden Beschädigung Caution geleistet werden[t].

3) Der Besitz derjenigen Dienstbarkeiten, deren Ausübung im Daseyn einer bleibenden Vorrichtung an dem herrschenden Grundstück besteht, also in der Regel der Besitz der affirmativen Gebäudedienstbarkeiten, ist durch das interdictum uti possidetis in Betreff des herrschenden Grundstücks geschützt[u], dessen Besitz zugleich den Besitz jener Dienstbarkeiten in sich schließt.[4]

4) In Ansehung der übrigen Dienstbarkeiten ist die Statthaftigkeit eines Besitzschutzes nach römischem Recht nicht zu erweisen[5]; nach heutigem Recht aber wird derselbe, dem praktischen Bedürfniß entsprechend und mit Rücksicht auf die Grundsätze des canonischen Rechts über Spoliation, auch hier nicht versagt[6].

Anm. [1] Die Anwendbarkeit des int. de precario wird bestritten von Puchta §. 239. not. b., da der Usufructuar zwar die Ausübung seines Rechts precario überlassen, aber nicht den juristischen Besitz des Rechts, weil auch nicht das Recht selbst, übertragen könne; aber wesentliche Voraussetzung dieses Interdicts ist nur Entziehung des juristischen Besitzes nach precario eingeräumtem habere. Savigny Rt des Besitzes, S. 583.

[2] L. 1. §. 2. D. de itin. Sive igitur habuit ius viae sive non habuit, in ea conditione est, ut ad tuitionem praetoris pertineat; *si modo anno usus est vel modico tempore, id est, non minus quam triginta diebus.* cf. L. 1. §. 12. eod. „*supradicto tempore anni.*" Man hat den Schluß der L. 1. §. 2. cit. erklären wollen: „im letzten Jahre wenigstens während eines mäßigen Zeitraums, also mindestens während dreißig Tagen (Althof, das int. de itinere actuque priv. Rinteln 1836. Vang. §. 355. Anm. 1.), als hieße es: *triginta dierum* (Puchta §. 139. not. o.); „also 29 Tage hintereinander wären unzureichend, 2 Tage aber, die 3 Monate auseinander lägen, hinreichend." Sav. S. 197. not. 2.

[3] Eine ausführliche Erörterung über dieses Interdict, sowie über das de cloacis publicis, gibt Schmidt (von Ilmenau) in d. Ztschr. f. gesch. Rtsw. XV. 3. vgl. Brinz I. S. 94. fg.

[4] Bestritten wird dies u. a. von Vang. §. 355. Anm. 2. vgl. oben §. 171. Anm. 2. Aber wenn als Gegenbeweis L. 3. §. 5. D. uti possid. angeführt wird, so gibt dagegen sofort §. 6. ibid. den Beweis: Labeo quoque scribit: ex aedibus meis in aedes tuas proiectum habeo; interdicis mecum, *si eum (sic: uti) locum possideamus, qui proiecto tegetur:* An (vielleicht *At?*)

[t] L. 1. pr. D. l. c. L. 3. §. 9. D. de rivis. 43. 21. L. 1. §. 38. §. 11. D. de aqua quot. 43. 20. [u] L. 8. §. 5. D. si serv. vind. 8. 5. L. 3. §. 5 . . . 7. D. uti possid. 43. 17. cf. L. 5 §. 10. D. de op. n. n. 39. 1.

quo facilius possim retinere possessionem eius proiectionis, interdico tecum sic: *uti nunc possidetis eas aedes, ex quibus proiectum est?* welche Frage, wenn man sie nicht durch die angedeutete Textbesserung *At* beseitigt hält, nach dem folgenden §. 7. als bejaht anzusehen ist. Rudorff in der Ztschr. für gesch. Rtsw. XI. S. 348. fg. vgl. Schmidt Interdictenverfahren S. 64. Eine Ausnahme: L. 1. pr. D. uti possidetis .... *„De cloacis hoc interdictum non dabo."* Vgl. not. s. Savigny a. a. O. S. 605 ... 608. Dieser nimmt dieselbe Regel auch für negative Servituten an, ebenso u. a. Puchta §. 139. not. g., aber dagegen spricht L. 5. §. 10. D. de op. n. n. „si *in suo* quid faciat, quod nobis noceat, tunc operis novi denuntiatio erit necessaria." Rudorff a. a. O. S. 352. und Anm. zu Puchta §. 396. not. d. Vgl. auch Bruns Rt des Besitzes S. 90. fg. Schmid in Linde's Ztschr. n. F. I. S. 377.

5 Viele halten allgemein das interdictum uti possidetis für anwendbar, arg. L. 20. D. de serv. 8. 1. Quoties via aut aliquod ius fundi emeretur .... ego puto usum eius iuris pro traditione possessionis accipiendum esse, *ideoque et interdicta veluti possessoria constituta sunt.* Mühlenbruch §. 293. not. 14...17. Dagegen Sav. und Bruns a. a. O., vgl. jedoch Anm. 4. a. E.

6 Sav. S. 631. Vgl. Puchta §. 139. a. E. „Vielmehr sind (statt der sog. actio spolii) jene besondern Interdicte analog anzuwenden, bei solchen, deren Ausübung in bloßen Handlungen besteht, die Grundsätze vom interdictum de itinere, bei solchen, deren Ausübung nicht ohne eine besondere umständlichere Vorrichtung möglich ist, die von dem interdictum de aqua und den übrigen." Aber für manche s. p. r., z. B. s. arenae fodiendae, lapidis eximendi und dergl. möchte die Analogie des int. de itinere mit seiner festen Zeitbeschränkung nicht wohl passen. Daher fordern Andre allgemein nur Besitz und Ausübung im letzten Jahre. Seuffert §. 418. a. E. vgl. Heerwart in Linde's Ztschr. n. F. XII. 6. §. 16. fg. Dagegen wird aller Besitzesschutz der Servituten, außer in den Fällen Nr. 1. und 2., noch verworfen von Vang. §. 355. (5. Aufl.). Doch nein: in der 6. Aufl. S. 894. erkennt Vang. eine abweichende deutschrechtliche Praxis an, welcher alle Berechtigung absprechen zu wollen, ihm nie eingefallen sey. Vgl. Seuffert's Arch. V. 171. VI. 158.

V. Aufhebung der Dienstbarkeiten [a].

§. 193.

A. Durch den Willen des Berechtigten.

1. Durch Verzichtleistung des Berechtigten kann jede Dienstbarkeit (der Nießbrauch auch theilweise) aufgehoben und so die Freiheit des Eigenthums hergestellt werden. Sie geschieht, wie die Bestellung, durch einfachen Vertrag [b], auch stillschweigend, z. B.

[a] Dig. quibus modis ususfructus vel usus amittitur. 7. 4. quemadmodum servitutes amittuntur 8. 6. [b] §. 3. J. de usufr. 3. 4. L. 14. §. 1. D. de serv. 8. 1.

wenn der Nutznießer ohne Vorbehalt in die Veräußerung der dienenden Sache einwilligt [c], oder wenn der Servitutberechtigte eine Aenderung an der dienenden Sache gestattet, welche die fernere Ausübung des Rechts hindert [d]. Bei Grunddienstbarkeiten ist Einwilligung aller Miteigenthümer des berechtigten Grundstücks erforderlich [e]. Auch durch Vermächtniß kann dem Eigenthümer der dienenden Sache die Freiheit von der Servitut gewährt werden [f]. Die Einräumung des Servitutrechts an einen Andern, als den Eigenthümer der dienenden Sache, ist ohne Wirkung [g].

Anm. 1 §. 3. J. 2. 4. . . . Item finitur ususfructus, si domino proprietatis cedatur (nam cedendo extraneo nihil agit). Gai. II. 30. Ipse usufructuarius in iure cedendo domino proprietatis usumfructum efficit, ut a se discedat et convertatur in proprietatem, alii vero in iure cedendo nihilominus ius suum retinet: creditur enim ea cessione nihil agi. — Nach älterm Recht war zu vollkommener Aufhebung der Servituten durch Vertrag in iure cessio, deren Form als eine scheinbare vindicatio libertatis rei zu denken ist, erforderlich (oder bei s. p. r., als res mancipi, remancipatio), Gai. l. c. Paul. III. 6. §. 30.; aber der bloße Vertrag gewährte ohne Zweifel Exceptionsschutz gegen fernere Ausübung des Rechts, arg. L. 4. D. de serv. 8. 1., welches dann non utendo ganz verloren ging; daher auch exceptio doli (not. c.). Im Justinianischen Recht ist auch hier wie bei der Bestellung an die Stelle der in iure cessio ein einfaches cedere getreten. Was nun aber die Wirkung solcher Cessio an einen Extraneus betrifft, so scheint mit §. 3. J. cit. im Widerspruch zu stehen L. 66. D. de iure dotium. 23. 3. Si usufructus fundi, cuius proprietatem mulier non habebat, dotis nomine mihi a domino proprietatis detur, difficultas erit post divortium circa reddendum ius mulieri, quoniam diximus, usumfructum a fructuario cedi (ursprünglich: *in iure cedi*) non posse nisi domino proprietatis, et si extraneo cedatur, id est ei, qui proprietatem non habeat, nihil ad eum transire, sed ad dominum proprietatis reversurum usumfructum. Ueber die verschiedenen Erklärungsversuche vgl. Puggé im Rh. Mus. I. S. 145. fg., Vang. §. 344. Anm. 3., Löhr in Linde's Zeitschrift XIII. 7., Dernburg daselbst neue Folge II. 2., Arndts daselbst VIII. 4. Böcking Inst. §. 164. not. 19. In Betreff des Usufructus ist die Streitfrage praktisch unerheblich, da die formlose Concessio desselben an einen Dritten immer als Ueberlassung der Ausübung desselben aufzufassen seyn wird, welche allerdings möglich ist (§. 172. Anm. 3.). Aber der Grundsatz, den die Stellen in not. g. in Betreff des Usufructus enthalten, muß gleicher Weise auch in Ansehung aller andern Servituten gelten, die weder der Ausübung noch dem Rechte nach übertragbar sind. Daher ist es wichtig, den Satz abzuwehren, den Manche in L. 66. cit. haben finden wollen.

[c] L. 4. §. 12. D. de doli mali exc. 44. 4. [d] L. 8. pr. D. h. t. 8. 6. [e] L. 34. pr. D. de s. p. u. 8. 3. (§. 183. not. u.). [f] L. 86. §. 4. D. de legat. I. [g] §. 3. J. l. c. p. r.

daß der Versuch einer Uebertragung der Servitut den Verlust derselben bewirke.

2 Eine Aufhebung der Servituten durch Dereliction, wie Manche behaupten (Puchta §. 190. not. k.), gibt es nicht. Nach L. 64. 65. pr. D. de usufr. 7. 1. kann zwar der Usufructuar durch Aufgeben des Usufructus auch wider Willen des Eigenthümers für die Zukunft den für ihn daraus hervorgehenden Verbindlichkeiten sich entziehen, aber aus der einseitig erklärten nicht acceptirten Verzichtleistung erwirbt der Eigenthümer kein Recht, so lange die Servitut nicht durch Nichtgebrauch erloschen ist. Fritz Erläutr. I. S. 386. fg. Sint. §. 66. not. 12. Seuffert §. 177. not. 2a.

§. 194.

B. Aus andern Gründen.

Ohne Rücksicht auf den Willen des Berechtigten werden die Dienstbarkeiten vorerst aus den allen dinglichen Rechten gemeinschaftlichen Gründen aufgehoben (§. 127. 128.), wobei nur zu bemerken ist, daß mit dem Untergang der Sache [a] in Ansehung der persönlichen Dienstbarkeiten auch schon eine gänzliche Veränderung der dienenden Sache gleiche Wirkung hat [b]. Sodann erlöschen dieselben, wie alle Rechte an einer fremden Sache, nothwendig durch Confusion, d. i. durch Vereinigung des Servitutrechts und des Eigenthums in einer Person [c], beim Nießbrauch insbesondere Consolidatio genannt [d]. Außerdem werden dieselben noch aufgehoben 1) durch den Untergang des berechtigten Subjects [1], d. i. bei persönlichen Dienstbarkeiten durch den Tod der Person [e], bei Grunddienstbarkeiten durch den Untergang des berechtigten Grundstücks [f]; 2) durch den Eintritt eines Endtermins, bis zu welchem die Servitut bestellt ist, und zwar persönliche Dienstbarkeiten ipso iure [g], Grunddienstbarkeiten jedoch nur ope exceptionis [h]; 3) durch Nichtausübung, non utendo, per longum tempus, d. h. für Anwesende in zehn, für Abwesende in zwanzig Jahren [i], ohne Unterschied zwischen Rechten an beweglichen oder unbeweglichen Sachen, jedoch, wenn das Recht nur in Zwischenräumen von einem Monat,

a L. 23. 24. D. h. 7. 4. L. 17. pr. D. de usufr. 7. 1. cf. L. 20. §. 2. D. de s. p. u. 8. 2. b L. 5. § 2...L. 12. D. h. t. 7. 4. L. 36. 71. D. de usufr. 7. 1. cf. Pauli sentt. III. 6. §. 31. c L. 1. D. h. t. 8. 6. cf. α) L. 8. §. 1. D. de serv. 8. 1. β) L. 18. eod. l. 9. D. comm. praed. 8. 4. d §. 3. J. de usufr. 2. 4. L. 78. §. 2. D. de iure dot. 23. 3. e §. 3. J. l. c. cf. L. 56. D. de usufr. 7. 1. f cf. l. 3. D. h. t. 8. 6. g L. 15. D. h. t. 7. 4. L. 5. Cod. de usufr. 3. 33. h L. 4. D. de serv. 8. 1. i L. 16. pr. §. 1. Cod. de usufr. 3. 33. L. 13. Cod. de serv. 3. 34. cf. L. 4. §. 27. D. de usurp. 41. 3.

oder mehr ausgeübt werden konnte, immer erst in zwanzig Jahren [k]. Zur Unterbrechung dieser Verjährung genügt bei persönlichen Dienstbarkeiten jede Ausübung des Rechts, nicht nur durch den Berechtigten selbst, sondern auch, soweit eine Ueberlassung der Ausübung an Andere möglich ist, durch eine Mittelsperson, und sofern jener für die überlassene Ausübung eine Vergütung empfangen hat, ist selbst die Nichtausübung von Seiten der Mittelsperson unschädlich [l]. Bei Grunddienstbarkeiten dagegen wird die Verjährung durch jede für das herrschende Grundstück, wenn auch nicht im Namen des Eigenthümers, vorgenommene (vollständige oder unvollständige) Ausübung unterbrochen [m]. In Ansehung derjenigen Grunddienstbarkeiten jedoch, deren Ausübung in einem gewissen dauernden Zustande besteht, affirmativen oder negativen, ist die bloße Nichtausübung allein zur Verjährung nicht hinreichend, sondern es wird auch Ersitzung der Freiheit des Eigenthums (usucapio libertatis) von der andern Seite vorausgesetzt [3], und diese erfordert, daß das dienende Grundstück die Verjährungszeit hindurch in servitutfreiem Zustande besessen worden sey [n].

Anm. [1] Dauer des Nießbrauchs juristischer Personen: L. 56. in f. D. 7. 1. . . . Et placuit, centum annos tuendos esse municipes, quia is finis vitae longaevi hominis est. — Verlust des Ususfructus und Usus (nicht auch der habitatio und operae: L. 10. D. de cap. min. 4. 5. L. 1. 2. D. de operis. 7. 7.) durch capitis deminutio, nach älterm Rechte durch jede, nach Justinianischem Recht nur mehr durch maxima und media cap. dem.; L. 16. §. 2. Cod. de usufr. 3. 33. §. 3. J. 2. 4. cf. Pauli sentt. III. 6. §. 9. jetzt unpraktisch; §. 28. — Bestellung persönlicher Servituten für die Erben: L. 5. pr. D. h. t. 7. 4. L. 38. §. 12. de V. O. 45. 1. L. 14. Cod. de usufr. 3. 33. Uebergang der Operä auf die Erben? L. 2. D. de usu leg. 33. 2. Besondere Bestimmung in Betreff des dem Vater durch das Kind erworbenen Nießbrauchs: L. 17. Cod. l. c.

[2] L. 16. §. 1. Cod. de usufr. . . . Sed nos hoc decidentes sancimus, non solum actionem, quae de usufructu nascitur, sed nec ipsum usumfructum non utendo cadere, nisi tantummodo morte usufructuarii et ipsius rei interitu; sed usumfructum, quem sibi aliquis acquisivit, hunc habeat dum vivit intactum . . . nisi talis exceptio usufructuario opponatur, quae, etiamsi dominium vindicaret, posset eum praesentem vel absentem excludere. (Just. a. 530.) — L. 13. Cod. de servit. Sicut usumfructum, qui non utendo per biennium in soli rebus, per annale autem

k L. 14. Cod. l. c. L. 7. D. h. t. 8. 6. l L. 12. §. 2. L. 38...40. D. de usufr. 7. 1. m L. 5. 6. pr. §. 1. L. 8. §. 1. L 9. L. 20...25. D. h. t. 8. 6. cf. L. 11. pr. eod. L. 10. §. 1. L. 17. 18. pr. §. 1. eod. n L. 4. §. 29. D. de usucap. 41. 3. L. 6. 7. 32. pr. D. de s. p. u. 8. 2. L. 18. §. 2. D. h. t. 8. 6.

tempus in mobilibus vel se moventibus diminuebatur, non passi sumus huiusmodi sustinere compendiosum interitum, sed ei decennii vel viginti annorum dedimus spatium, ita et in ceteris servitutibus obtinendum esse censuimus, ut omnes servitutes non utendo amittantur, non biennio, quia tantummodo soli rebus annexae sunt, sed decennio contra praesentes, vel viginti spatio annorum contra absentes, ut sit in omnibus huiusmodi rebus causa similis, explosis differentiis. §. 3. J. de usufr. Finitur autem ususfructus morte fructuarii et duabus capitis deminutionibus, maxima et media, et non utendo per modum et tempus, quae omnia nostra statuit constitutio. Ueber das ältere Recht vgl. Pauli sentt. L. 17. III. 6. §. 30. L. 4. §. 27. D. 41. 3., wo *per longum tempus* interpolirt ist für *biennio*. Gegen die falsche Meinung, als ob jetzt, nach L. un. Cod. de usucap. transform. v. J. 531, der Nießbrauch an beweglichen Sachen in drei Jahren erlösche: Unterholzner Verjährungslehre §. 223. — Der Nießbrauch kann non utendo auch theilweise erlöschen. L. 14. 20. 25. D. h. t. 7. 4. — Ausgeschlossen ist diese Endigungsart bei dem iter ad sepulcrum, L. 4. D. h. t. 8. 6., bei habitatio und operae, L. 10. pr. D. de usu. 7. 8. L. 2. D. de usu leg. 33. 2., unanwendbar auf den ususfructus alternis annis datus. L. 28. D. h. t. 7. 4. L. 13. D. de usu leg. 33. 2. cf. not. k. Die Bestimmung dieser Note wollen übrigens Manche auf alle nur in Zwischenräumen von mehr als einem Tage auszuübenden Servituten ausdehnen: arg. L. 7. D. cit. Itaque et si alternis annis vel mensibus quis aquam habeat, duplicato constituto tempore (ursprünglich *biennio*) amittitur; idem et de itinere custoditur; si vero alternis diebus, aut die toto aut tantum nocte, statuto legibus tempore *(biennio)* amittitur, quia una servitus est. Nam et si alternis horis vel una hora quotidie aquam habeat, Servius scribit perdere eum non utendo servitutem, quia id, quod habet, quotidianum sit. Die L. 14. Cod. cit. betrifft den Fall, wenn Jemand uno tantummodo die per quinquennium iter habet.

³ Ueber die usucapio libertatis vgl. L. 6. D. de s. p. u. Haec autem iura similiter, ut rusticorum quoque praediorum, certo tempore non utendo pereunt, nisi quod haec dissimilitudo est, quod non omnimodo pereunt non utendo, sed ita si vicinus simul libertatem usucapiat, veluti si aedes tuae aedibus meis serviant, ne altius tollantur, ne luminibus mearum aedium officiatur, et ego per statutum tempus fenestras meas praefixas habuero vel obstruxero, ita demum ius meum amitto, si tu per hoc tempus aedes tuas altius sublatas habueris; alioquin si nihil novi feceris, retineo servitutem. Item si tigni immissi aedes tuae servitutem debent et ego exemero tignum, ita demum amitto ius meum, si tu foramen, unde exemptum est tignum, obturaveris et per constitutum tempus ita habueris; alioquin si nihil novi feceris, integrum ius suum *(meum)* permanet. L. 32. §. 1. eod. Libertas servitutis usucapitur, si aedes possideantur. Quare si is, qui altius aedificatum habebat, ante statutum tempus aedes possidere desiit, interpellata usucapio est, is autem, qui postea aedes possidere coeperit, integro statuto tempore

libertatem usucapiet. Natura enim servitutum ea est, ut possideri non possint, sed intelligatur possessionem earum habere, qui aedes possidet. — L. 18. §. 2. D. h. t. Si, cum ius haberes immittendi, vicinus statuto tempore aedificatum non habuerit, ideoque nec tu immittere poteris, non ideo magis servitutem amittes, quia non potest videri usucepisse vicinus libertatem aedium suarum, qui ius tuum non interpellavit. — Streitfrage: ob die usucapio libertatis bei allen servitutes praed. urb., ohne Rücksicht auf deren Inhalt, und nur bei diesen erfordert worden sey? ob nicht nach L. 16. Cod. de usufr. auch bei dem Ususfructus usucapio libertatis erforderlich sey? ob nicht nach L. 13. Cod. de serv. bei allen Dienstbarkeiten? oder ob sie darnach für alle entbehrlich geworden? Vergl. Unterholzner §. 217...225. Vang. §. 357. Puchta Vorles. §. 190. — Daß usucapio libertatis bei allen Dienstbarkeiten, mit Ausnahme der Wegedienstbarkeiten, des Wasserleitungs- und Wasserschöpf-Rechts, erfordert werde, sucht auszuführen Zachariä, über die Unterscheidung zwischen servitutes rusticae und urbanae. Heidlb. 1844., womit auch übereinstimmt Elvers §. 40. 73.

Viertes Capitel.

Von der Emphyteuse und Superficies.

§. 195.

Die Emphyteusis [a] und Superficies [b] sind dingliche Nutzungsrechte an unbeweglichen Sachen, welche theils durch ihren Umfang, indem sie die Befugniß vollständiger Benutzung und fast unbeschränkter Verfügung über die Sache gewähren, theils durch ihre Veräußerlichkeit und Vererblichkeit dem Eigenthum so nahe kommen, daß sie häufig für Arten eines beschränkten Eigenthums gehalten worden sind, welche aber in Wahrheit gleichwohl nur Rechte an einer fremden Sache sind [c], von den Dienstbarkeiten dadurch verschieden, daß bei ihnen nicht die diesen eigenthümliche Beschränkung bezüglich des Subjects des Berechtigten stattfindet [1]. Sie haben ihren Ursprung darin, daß mit gewissen Verpachtungen und Vermiethungen [d], zunächst durch das prätorische Edict, die Wirkung

[a] Dig. si ager vectigalis, id est emphyteuticarius, petatur. 6. 3. Cod. de iure emphyteutico 4. 66. [b] Dig. de superficiebus 43. 18. [c] L. 1. §. 1. D. si ager vect. 6. 3. L. 3. §. 4. D. de reb. eor. 27. 9. L. 71. §. 5. 6. D. de legat. I. — L. 2. D. de superficieb. 43. 18. L. 86. §. 4. D. de legat. I. [d] §. 3. J. de locat. cond. 3. 24. Gai. III. 145. — L. 1. §. 1...3. D. de superfic. 43. 18.

eines dinglichen Rechts verbunden wurde[2], welches durch eine utilis rei petitio, analog der rei vindicatio des Eigenthümers, sowohl gegen den Eigenthümer selbst wie gegen jeden Dritten, geschützt ist[e]. Auch sind die Berechtigten, gleich dem Eigenthümer, befugt, die der Sache zustehenden Dienstbarkeiten durch utiles confessoriae actiones geltend zu machen[f], sowie sie denn auch für die Sache Dienstbarkeiten erwerben, und an derselben, so weit ihr Recht sich erstreckt, Andern einräumen können[g]. Als dingliche Nutzungsrechte können auch die Emphytheusis und Superficies Gegenstand des Besitzes (iuris quasi possessio) seyn (§. 129), welcher durch Erlangung des natürlichen Besitzes der Sache, mit der Absicht, das Recht der Emphyteuse oder Superficies daran auszuüben, erworben wird[3]. Uebrigens sind beide noch als praktische Institute des gemeinen Rechts anzuerkennen, wenn gleich nicht zu läugnen ist, daß die Emphyteuse im römischen Sinn selten vorkommt, und deren Normen häufig unberechtigter Weise auf andre nur verwandte Rechtsverhältnisse angewendet worden sind[4], die Superficies aber, wo sie vorkommt, der praktischen Auffassung sich einfach als Eigenthum an dem Gebäude oder einem Theile desselben darstellt.

Anm. [1] Die ältere Ansicht von einem sogenannten dominium utile des Emphyteuta und Superficiar ist mit Erfolg widerlegt von Thibaut Vers. II. 3. (§. 134. Anm.), die Annahme eines wahren Eigenthums des Emphyteuta (Savigny Rt des Besitzes 2. Ausgabe S. 99.) von demselben in den civ. Abhandl. Nr. XI. Einen wesentlichen Unterschied der Emphyteuse und Superficies von den Servituten hat man darin finden wollen, daß bei jenen Eigenthumsbefugnisse nur der Ausübung, nicht dem Rechte nach, nicht als „ein eigenes Recht", einem Andern eingeräumt seyen. Büchel Erörtr. 2. Ausg. Bd. I. S. 304. fg., ähnlich Elvers §. 34. Vergl. dagegen Arndts, über die Natur des emphyteutischen Rechts in Linde's Zeitschr. n. F. III. 7. Kuntze in der heidelb. Ztschr. II. S. 263.

[2] Ueber den Ursprung der Emphyteuse vgl. Vuy, de origine et natura iuris emphyteutici. Heidelb. 1838. Puchta Inst. II. §. 245.; über den Ursprung der Superficies: Rudorff in der Zeitschr. für gesch. Rtsw. XI. 7. — Für die Emphyteuse oder das Recht am ager vectigalis nimmt Büchel a. a. O. civilrechtlichen Ursprung an. Dagegen Arndts a. a. O. S. 280. fg.

[3] Dem Besitzer der Superficies legen Manche, dem der Emphyteuse fast Alle (hauptsächlich wegen L. 15. §. 1. D. qui satisdare cog. 2. 8. „Sed et

[e] L. 1. §. 1. L. 3. D. si ager vect. 6. 3. — L. 1. pr. §. 1. 3. D. de superfic. 43. 18. L. 73. §. 1...L. 75. D. de rei vind. 6. 1. [f] L. 16. D. de serv. 8. 1. — L. 1. §. 9. D. de superfic. 43. 18. [g] L. 1. §. 6. 9. D. l. c. L. 1. pr. D. quib. mod. ususfr. am. 7. 4.

qui vectigalem, id est emphyteuticum agrum possidet, possessor intelligitur") juristischen Besitz der Sache selbst (corporis possessio) bei, wodurch denn ein selbstständiger Rechtsschutz des Eigenthumsbesitzes ausgeschlossen seyn würde. Beides ist so ungegründet als praktisch unangemessen. Vgl. §. 135. Anm. 2. Thibaut Pand. §. 208. Dernburg Abh. S. 80. fg., auch Rudorff zu Puchta §. 157. not. b. und Brinz I. S. 79. fg. Dagegen freilich noch Böcking Inst. §. 126. not. b., aber, wie es scheint, nicht ohne „Mißverständnisse." Allerdings ist in dem §. 135. angeführten Aufsatz über den Besitz der Emphyteuse nicht nachgewiesen worden, daß die römischen Rechtsquellen den Emphyteuta als iuris quasi possessor darstellen, wohl aber a) daß diese auch keinen einzigen haltbaren Grund darbieten, denselben als juristischen possessor corporis anzusehen, daß namentlich L. 15. §. 1. cit. durchaus kein Argument dafür gebe, b) daß der Begriff des Rechtsbesitzes an sich auch auf die Emphyteuse anwendbar und zugleich vollkommen ausreichend sey, wenn nur damit die Besitzklagen analog wie mit dem Quasibesitz des Ususfructus verbunden werden, daß dagegen c) nach der herrschenden Ansicht für den (wirklichen oder thatsächlich als solchen sich darstellenden) dominus emphyteuseos jeder Besitzesschutz wegfalle und dieser also nicht einmal desselben Schutzes sich erfreue, wie z. B. heutzutage der (Quasi-)Besitzer eines Zehnt- oder Grundzinsrechts, wenn man sich nicht herbeilasse, nun jenem auch anstatt der ihm mangelnden corporis possessio, wie diesen, eine iuris (sc. dominii emphyteuseos) quasi possessio beizulegen, und so zwar nicht die Emphyteuse, dafür aber das dominium emphyteuseos mit jenen germanischen Rechten zusammenzustellen.

4 Die heutige Anwendbarkeit der Lehre von der Emphyteuse wird vielfach in Zweifel gezogen. Puchta §. 174. a. E. Sint. §. 55. Aber nicht nur ist die Möglichkeit der Begründung einer römischrechtlichen Emphyteuse durch Vertrag nach gemeinem Recht unzweifelhaft (ein Fall der Art aus jüngerer Zeit hat dem Spruchcollegium in Bonn vorgelegen), sondern es ist auch gewiß, daß namentlich kirchliche Emphyteusen aus älterer Zeit noch manche bis zu unserer Zeit fortbestanden haben. Auch französische Juristen halten sie noch für möglich (Toullier droit. civil. III. §. 95. fg.), und das französische Finanzministerium erklärte durch Decret vom 7. Frimaire des Jahres XIV. die in den Rheinischen Departements noch bestehenden Emphyteusen, unter Hervorhebung einiger eigenthümlich römischer Bestimmungen, namentlich des Privationsrechts wegen dreijähriger Nichtbezahlung des Canons (§. 199.), ausdrücklich für fortdauernd gültig. Daniels Hdb. der für die k. preuß. Rheinprovinzen verkündigten Gesetze. Bd. IV. S. 613. 614. Die Kenntniß der römischrechtlichen Theorie ist übrigens schon deßhalb nothwendig, weil sie praktisch vielfachen Einfluß auf verwandte Verhältnisse ausgeübt hat.

I. Von der Emphyteusis insbesondere.

§. 196.

A. Begriff. Rechte des Emphyteuta.

Die Emphyteusis ist das dingliche, vererbliche und veräußerliche Recht an fremdem Grund und Boden auf vollständige eigen-

thumsgleiche Benutzung, nur mit der Beschränkung, daß die Sache nicht verschlechtert werde, und unter der Verpflichtung, an den Eigenthümer eine gewisse Abgabe (Canon) zu entrichten. Der Berechtigte heißt Emphyteuta oder Emphyteuticarius, der Eigenthümer dominus emphyteuseos, das Grundstück fundus (ager, praedium) emphyteuticus oder emphyteuticarius oder vectigalis. Man unterscheidet kirchliche und weltliche Emphyteusen, je nachdem das Eigenthum des Grundstücks zum Kirchengut gehört, oder dasselbe einen weltlichen Eigenthümer hat, sey es ein Privatmann oder der Regent, oder eine juristische Person [a]. Der Emphyteuta hat das Recht, die Sache nebst deren Accessionen vollständig, gleich dem Eigenthümer, zu nutzen [b], und erwirbt die natürlichen Früchte derselben sofort durch deren Trennung von der Hauptsache [c]; er darf auch beliebige Aenderungen an dem Grundstück vornehmen, sofern es nur dadurch nicht verschlechtert wird [d]. Das Recht selbst kann er veräußern [e], also auch durch Vermächtniß einem Andern zuwenden [f], und von selbst geht dasselbe auf die Erben des Emphyteuta über [g]; auch kann es, aus gleichen Gründen wie andre veräußerliche Vermögensgegenstände, wider Willen des Berechtigten auf einen Andern übertragen werden [h]. Zum Schutz seines Rechts hat der Emphyteuta eine utilis rei petitio, vectigalis actio genannt, gegen Jeden, der ihm den Besitz des Grundstücks vorenthält [i], auch als Publiciana actio dem redlichen Erwerber zuständig [k], desgleichen auch utilis negatoria und confessoria in rem actio nach Analogie des Eigenthümers [l], und ebenso werden ihm gleich diesem auch andere Klagen eingeräumt, welche die Abwendung oder Aufhebung von Beeinträchtigungen des Grundstücks bezwecken [m]. Der Besitz der Emphyteuse aber ist in gleicher Weise

[a] L. 1. D. h. t. 6. 3 L. 1. Cod. h t. 4. 66. L. 2. Cod. ne rei domin. 7. 38. cf. L. 1. 5. 7. 12. Cod. de fundis patrimonialibus. 11. 61. L. 5. Theod. Cod. de locatione fundorum iuris emphyteutici et rei publicae et templorum. 10. 3. [b] §. 3. J. de locat. cond. 3. 24. L. 1. §. 1. D. h. t. 6. 3. [c] L. 25. §. 1. D. de usuris. 22. 1. (§. 156.) [d] Nov. 7. cap. 3. §. 2. nov. 120. cap. 6. [e] §. 3. J. cit. L. 1. Cod. de fundis patrimon. 11. 61. L. 3. §. 2. D. de reb. eor. 27. 9. cf. L. 16. §. 2. D. de pign. act. 13. 7. L. 13. §. 3. D. de pign. 20. 1 L. 31. eod. — §. 195. not. g. [f] L. 71. §. 5. 6. D. de legat. I. [g] L. 10. D. fam. erc. 10. 2. L. 1. pr. D. h. t. nov. 120. cap. 6. §. 1. cf. cap. 1. 5. eod. nov. 7. cap. 3. [h] L. 7. pr. D. comm. div. 10. 3. L. 15. §. 26. D. de damno inf. 39. 2. [i] L. 1. §. 1. L. 2. D. h. t. L. 15. §. 26. cit. L. 66. pr. D. de evict. 21. 2. [k] L. 12. §. 2. D. de Publ. act. 6. 2. [l] L. 16. D. de serv. 8. 1. (§. 195. not. e. f.). [m] L. 23. § 1. D. de aqua pluv. 39. 3. L. 5. §. 3. D. arb. furt. caes. 47. 7. cf. L. 3. §. 3. D. de op. n. n. 39. 1. L. 13. §. 8. D. de damno inf. 39. 2. L. 11. §. 14. D. quod vi. 43. 24. — L. 4. §. 9. D. fin. reg. 10. 1.

wie der Eigenthumsbesitz durch Interdicte geschützt [n]. Auf den im emphyteutischen Grundstück gefundenen Schatz hat der Emphyteuta keinen Anspruch, es sey denn als Finder [o]. Eine Emphyteuse kann übrigens auch Mehrern gemeinschaftlich zustehen, soll aber nicht ohne Zustimmung des Eigenthümers reell unter diesen getheilt werden [p].

Anm. [1] Neuere Bearbeitungen dieser Lehre: Arndts, die Emphyteuse, im Rtslex. III. S. 849...884. Schmid Handb. II. §. 20...27. Vgl. §. 195. Anm. 1. 2.

[2] Streitfrage: ob der Gegenstand der Emphyteuse ein praedium rusticum seyn müsse? oder auch ein praedium urbanum, ein Gebäude als Hauptsache, seyn könne? nov. 7. cap. 3. nov. 120. cap. 1. §. 2. Vgl. Arndts a. a. O. S. 853. fg. Schmid not. 11.

§. 197.

C. Verbindlichkeiten des Emphyteuta.

Der Emphyteuta ist verpflichtet 1) das emphyteutische Grundstück durch angemessene Cultur und Reparatur in gutem Stand zu erhalten und sonst alle auf demselben haftenden Lasten zu tragen [a]; 2) die festgesetzte Abgabe (Canon, pensio, vectigal) an den Eigenthümer zu gehöriger Zeit zu entrichten, ohne wegen zufälliger Verschlechterung oder theilweisen Untergangs des emphyteutischen Grundstücks, geschweige denn wegen Schmälerung des Fruchtertrags eines Jahres durch besondre Unglücksfälle einen Nachlaß davon begehren zu können [b]; 3) jede Veräußerung seines Rechts dem Eigenthümer zuvor anzuzeigen, und zwar bei beabsichtigtem Verkaufe mit Angabe der Verkaufsbedingungen; denn der Eigenthümer ist im letzten Falle berechtigt, innerhalb zwei Monaten unter gleichen Bedingungen selbst die Emphyteuse an sich zu kaufen (Vorkaufrecht), und muß überall um seine Zustimmung zu der beabsichtigten Veräußerung angegangen werden, die er wegen gegründeter Einwendung gegen die Person des neuen Emphyteuta versagen kann, für deren Ertheilung dagegen und die Annahme des neuen Emphyteuta die innerhalb zwei Monaten nach empfangenem Gesuch durch eine schriftliche Urkunde oder durch Erklärung zu gerichtlichem Protokoll

[n] arg. L. 3. §. 13...17. L. 9. §. 1. D. de vi. 43. 16. L. 4. D. uti possid. 43. 17. [o] cf. L. 1. D. de loco publico fruendo 43. 9. [p] L. 7. pr. D. comm. div. 10. 3.

[a] L. 2. Cod. h. t. nov. 7. cap. 3. §. 2. nov. 120. cap. 8. [b] L. 1. Cod. h. t. §. 3. J. l. c. cf. L. 15. §. 4. D. locati. 19. 2.

oder vor einem Notar erfolgen soll, demselben das sog. Laudemium (Handlohn, Lehnwaare) zu zahlen ist, bestehend in zwei Procent (quinquagesima pars) des Kaufpreises, oder, bei andern Veräußerungen, des durch Schätzung ausgemittelten Werthes der Emphyteuse [c]. Durch besondre Bestimmung können diese Verbindlichkeiten des Emphyteuta, sowie andrerseits die Rechte desselben, theilweise modificirt, erweitert oder beschränkt werden, aber die Verpflichtung zur Zahlung eines Canon ist wesentlich zum Daseyn des emphyteutischen Rechtsverhältnisses [d].

Anm. In Betreff einzelner Punkte dieses §., namentlich über den Nachlaß am Canon (not. b.) und über die Vorschrift rücksichtlich der Veräußerung gibt es manche Meinungsverschiedenheiten. Vgl. darüber Arndts a. a. O. S. 862...867. Schmid S. 30...39.

§. 198.

D. Entstehung der Emphyteuse.

Die Emphyteuse wird vorzüglich durch Vertrag mit dem Eigenthümer begründet. Dieser Vertrag, contractus emphyteuticarius genannt [a], erzeugt zugleich ein obligatorisches Verhältniß, aus welchem für beide Theile die sog. emphyteuticaria in personam actio hervorgeht, und das dingliche Recht der Emphyteuse, welches durch die vectigalis in rem actio geschützt ist [b]. Er bedarf schriftlicher Abfassung bei Errichtung kirchlicher Emphyteusen [c], bei andern nur zur Gültigkeit besonderer von der allgemeinen Regel des emphyteutischen Verhältnisses abweichender Verabredungen [d]. Außerdem kann das Recht der Emphyteuse auch durch Vermächtniß und durch Ersitzung, wenigstens durch dreißig- oder vierzigjährige entstehen [e].

Von der Entstehung der Emphyteuse ist der Erwerb einer bestehenden zu unterscheiden. Dieser kann sich, abgesehen von der Vererbung, auf eine gesetzliche Veräußerung von Seiten des bisherigen Emphyteuta oder in dessen Namen, also auch auf ein Vermächtniß, gründen, oder auch auf Ersitzung.

Anm. Auch hier ist Vieles streitig, namentlich 1) die Errichtung durch Vertrag betreffend: a) ob der Vertrag allein hinreiche oder auch Tradition erforderlich sey? b) ob der Vertrag nicht immer schriftlich abgefaßt seyn müsse?

[c] L. 3. Cod. h. t. [d] §. 3. J. l. c. L. 1. 3. Cod. h. t.

[a] L. 1. Cod. h. t. (Zeno.) cf. §. 3. J. de locat. cond. 3. 24. [b] L. 1. §. 1. D. h. t. 6. 3. [c] Nov. 120. cap. 6. §. 2. [d] L. 1. Cod. h. t. [e] arg. L. 12. in f. Cod. de praescript. l. t. 7. 33. L. 8. §. 1. Cod. de praescript. 30. vel 40 ann. 7. 39.

2) ob durch Vermächtniß das dingliche Recht der Emphyteuse unmittelbar entstehen könne? 3) ob durch Ersitzung und durch welche Art derselben? und zwar a) wenn Jemand den Besitz der Emphyteuse bona fide durch Einräumung eines Nichteigenthümers erhalten? b) wenn der Eigenthümer die Emphyteuse factisch anerkannt und der Besitzer sich bona fide als Emphyteuta gerirt hat? c) wenn der Eigenthümer factisch als Emphyteuta einen Andern, der bona fide sich für den Eigenthümer hält, als solchen anerkannt hat? 4) ob der Erwerb einer bestehenden Emphyteuse durch Ersitzung möglich sey? Vgl. über die verschiedenen Meinungen Arndts a. a. O. S. 868 ... 878. Schmid S. 6 ... 16.

§. 199.

E. Aufhebung der Emphyteuse.

Das Recht der Emphyteuse wird aufgehoben 1) durch die allgemeinen Endigungsgründe aller dinglichen Rechte (§. 127. 128) oder der iura in re aliena insbesondre, also namentlich durch Confusio oder Consolidatio (§. 194. not. c. d.); 2) durch Aufgeben des Rechts von Seiten des Berechtigten; 3) wenn die Emphyteuse mit einer Zeitbeschränkung bestellt war, durch Ablauf der Zeit; 4) durch den Tod des Emphyteuta, wenn derselbe keine Erben hinterläßt; 5) durch Verjährung, sey es, daß der Eigenthümer selbst das Gut die Ersitzungszeit hindurch in gutem Glauben als ein freies besessen habe, oder ein Dritter das volle Eigenthum des Gutes durch Ersitzung erwerbe; 6) durch Entsetzung des Emphyteuta, Privation, wegen Verletzung der ihm obliegenden Verbindlichkeiten. Diese aber kann stattfinden a) wegen erheblicher Verschlechterung des emphyteutischen Gutes [a], b) wegen dreijähriger, bei kirchlichen Emphyteusen wegen zweijähriger ungerechtfertigter Nichtzahlung des Canon [b], desgleichen c) wegen dreijähriger Nichtentrichtung der auf dem Gute haftenden Abgaben [c], d) wegen Verletzung der gesetzlichen Vorschriften in Betreff der Veräußerung [d]. Aus diesen Gründen kann der Eigenthümer auf Entsetzung des Emphyteuta klagen (sog. Privationsklage), wenn er nicht gleichwohl in die Fortdauer des emphyteutischen Verhältnisses, ausdrücklich oder stillschweigend, eingewilligt hat. Macht der Eigenthümer von seinem Rechte Gebrauch, so ist die Emphyteusis als vom Eintritt des Privationsgrundes an erloschen zu behandeln; die bis dahin bereits begründeten Ansprüche, namentlich auf Zahlung des

[a] Nov. 120. cap. 8. [b] L. 2. Cod. h. t. nov. 7. cap. 3. §. 2. nov. 120. cap. 8. can. 2. §. 7. C. 10. qu. 2. Cap. 4. X. de loc. cond. 3. 18. [c] L. 2. Cod. h. t. nov. 7. l. c. cf. cap. 4. X. de locat. cond. 3. 18. [d] L. 3. Cod. h. t. §. 197. num. 3.

rückständigen Canons und auf Ersatz wegen Verschlechterung kann jener nichtsdestoweniger, wie in andern Fällen der Erlöschung, noch geltend machen. Die Früchte gebühren von Zeit der Erlöschung an dem Eigenthümer.

Anm. Streitig ist u. a.: a) ob der Emphyteuta auch wider Willen des Eigenthümers durch Dereliction von dem emphyteutischen Rechtsverhältniß sich lossagen könne? Für die bejahende Meinung: Arndts a. a. O. S. 878. fg. Schmid S. 43. not. 9. Aber auch hier, wie beim Usufructus, ist zu behaupten, daß durch die Dereliction das Recht noch nicht verloren gehe, so lange der Eigenthümer den Verzicht nicht angenommen hat; auch kann die bloße Dereliction den Emphyteuta nicht der Ersatzverbindlichkeit wegen Verschlechterung entbinden. (Besondere Bestimmung für kaiserliche Patrimonialgüter: L. 3. 7. Cod. de fund. patrimon. 11. 61.) b) wiefern durch Verjährung die Emphyteuse erlösche? Arndts S. 879. fg. Schmid S. 43...45. c) wann und wiefern der Eigenthümer nach Erlöschung der Emphyteuse Ersatz für die Verbesserungen zu leisten habe? Jedenfalls nicht im Falle der Privation: L. 2. Cod. h. t. nov. 120. cap. 8. Vergl. übrigens Arndts S. 883. Schmid S. 30. not. 1.

§. 200.

II. Von der Superficies.

Die Superficies ist ein vererbliches und veräußerliches dingliches Recht auf vollständige eigenthumsgleiche Benutzung eines auf fremdem Boden bestehenden, daher auch in fremdem Eigenthum befindlichen Gebäudes [a], oder auch eines bestimmten Theils eines solchen Gebäudes, z. B. eines Stockwerks [b]. Dasselbe kann durch Vertrag [c] oder durch Vermächtniß [d] eingeräumt werden, auch an einem erst zu errichtenden Gebäude, indem der Boden zu diesem Zwecke vorbehaltlich des Eigenthums überlassen wird [e]. Der Vertrag kann Schenkung, Kauf, Tausch u. dgl., oder auch Miethe (auf immer oder auf lange Zeit) seyn [f]. Aber auch Erwerb durch Ersitzung ist hier in analoger Weise wie bei der Emphyteuse anzunehmen. Der Superficiar hat, gleich dem Emphyteuta, freie Verfügung über den Gegenstand seines Rechts, d. i. das Gebäude, so wie über das Recht selbst [g], und zwar ohne die Beschränkungen, welchen der Emphyteuta nach §. 197. in dieser Beziehung unter-

[a] Dig. de superficiebus 43. 18. L. 86. §. 4. D. de legat I. L. 19. pr. D. de damno inf. 39. 2. cf. L. 49. D. de V. S. [b] L. 3. §. 7. D. uti possid. 43. 17. [c] L. 1. §. 1. D. h. t. [d] arg. L. 86. §. 4. cit. [e] L. 2. D. h. t. [f] L. 1. §. 3. D. h. t. [g] L. 1. pr. §. 6. 7. 9. D. h. t. L. 16. §. 2. D. de pign. act. 13. 7. L. 13. §. 3. D. de pign. 20. 1. — L. 10. D. fam. erc. 10. 2.

worfen ist. Er ist dagegen auch verpflichtet, die auf der Sache haftenden Abgaben zu entrichten [h]. Ob er außerdem noch zu einer Leistung, insbesondere zur Zahlung eines Bodenzinses, solarium, pensio [i], verbindlich sey, hängt von dem Inhalt des die Superficies begründeten Rechtsgeschäftes ab. Zur Geltendmachung seines Rechts hat er utilis rei vindicatio [k], auch negatoria und confessoria in rem actio, beziehungsweise Publiciana actio [l], und andre dem Eigenthümer zustehende Klagen [m]. Zum Schutz des Rechtsbesitzes besteht, außer den auch hier anwendbaren recuperatorischen Interdicten [n], ein eigenes interdictum de superficiebus, analog dem interdictum uti possidetis [o]. Geendigt wird das Recht der Superficies aus gleichen Gründen, wie die Emphyteuse nach §. 199. 1...5. Ist der Superficiar zur Zahlung eines Grundzinses verpflichtet, so kann der Eigenthümer, wie bei andern Miethverträgen, wegen zweijährigen Rückstandes Entsetzung des Superficiars verlangen [p], und hat jedenfalls vor allen Gläubigern desselben Anspruch auf Befriedigung seiner Forderung aus dem Werthe der Superficies [q].

Anm. Manche nehmen ein Recht der Superficies nicht bloß an Gebäuden, sondern auch an andern mit dem Boden zusammenhängenden Gegenständen an, z. B. einer Waldung. arg. L. 13. pr. D. de s. p. r. 8. 3. Vergl. dagegen Schmid S. 61. not. 11.; über die ganze Lehre denselben §. 25...28. S. 57...85. vgl. oben §. 195. Anm. 2. Superficies an einem Keller: Seuffert's Arch. VI. 152.

[h] arg. L. 1. §. 6. D. h. t. L. 7 §. 2. D. de usufr. 7. 1. L. 39. §. 5. D. de legat. I. L. 9. §. 4. D. de damno inf. 39. 2. [i] L. 15. D. qui pot. 20. 4. cf. L. 2. §. 17. D. ne quid in loco publ. 43. 8. L. 74. D. de rei vind. 6. 1. [k] L. 1. §. 3. 6. D. h. t. L. 73. §. 1. L. 74. 75. D. de rei vind. 6. 1. [l] L. 12. §. 3. D. de Publ. act. 6. 2. [m] L. 3. §. 3. D. de op. n. n. 39. 1. L. 13. §. 8. L. 39. §. 1. D. de damno inf. 39. 2. L. 11. §. 14. D. quod vi. 43. 24. [n] L. 1. §. 3. D. de vi. 43. 16. [o] L. 1. pr. §. 1. 2. D. h. t. cf. L. 3. §. 7. D. uti possid. 43. 17. [p] L. 54. §. 1. L. 56. D. locati. 19. 2. [q] L. 15. D. qui pot. 20. 4. cf. L. 17. D. de pign. act. 13. 7.

Drittes Buch.

Von den Obligationen.

Erstes Capitel.

Von den Obligationen überhaupt.

I. Wesen und Inhalt der Obligationen [a].

§. 201.

A. Begriff.

Obligatio heißt das Rechtsverhältniß, welches darin besteht, daß eine Person (Gläubiger, creditor) ein Recht hat auf eine Handlung einer bestimmten andern Person (Schuldner, debitor), diese also jener verpflichtet ist zu einer Handlung [b], die einen Vermögenswerth in sich schließt oder sich darauf zurückführen läßt [c]. Das Wort „Obligatio" bezeichnet sowohl einerseits das Recht des Gläubigers, die Forderung [d], als andrerseits die entsprechende Verbindlichkeit des Schuldners [e], so wie das ganze Rechtsverhältniß [f] von beiden Seiten betrachtet (Schuldverhältniß). In der Forderung aber liegt eine Mehrung des Vermögens für den Gläubiger, wie in der Verbindlichkeit (Schuld) eine Minderung desselben für den Schuldner, in so fern es eben ein sachlicher Werth ist, auf den die eine wie die andere sich richtet, wenn gleich dasjenige, woran dieser Vermögenswerth sich knüpft, noch nicht wirklich aus

[a] Inst. de obligationibus. 3. 13 Dig. de obligationibus et actionibus. 44. 7. Cod. de obligationibus et actionibus. 4. 10. [b] pr. J. h. t. L. 3. pr. D. h. t. [c] L. 9. §. 2. D. de statulib. 40. 7. [d] rubr. J. per quas personas nobis obligatio acquiritur. 3. 28. §. 4. J. de inutil. stip. 3. 19. L. 2. §. 5. D. de reb. cred. 12. 1. u. a. [e] L. 5. 21. 49. §. 1. D. de fideiuss. 46. 1. L. 95. §. 3. D. de solut. 46. 3. L. 18. §. 1. L. 31. §. 3. D. de m. c. donat. 39. 6. u. a. [f] L. 71. pr. D. de fideiuss. 46. 1. L. 95. §. 2 D. de solut. 46. 3. L. 1. pr. D. h. t. u. a.

dem Vermögen des letztern ausgeschieden und in das Vermögen des andern übergegangen ist.

Anm. 1 Besondere Bearbeitungen der Lehre von den Obligationen: Bucher, das Recht der Forderungen. Leipzig 1815. 2. Auflage 1830. Unterholzner, quellenmäßige Zusammenstellung der Lehre des römischen Rechts von den Schuldverhältnissen, hrsgeg. von Huschke, 2 Bde., Breslau 1840. Savigny, das Obligationenrecht als Theil des heutigen römischen Rechts. Band 1. Berlin 1851. Band 2. 1853 (darüber zu Band 1. Brinz krit. Blätter Nr. 3. 4. Scheurl in der Heidelb. krit. Ztschr. I. S. 496. fg.). Vgl. auch Molitor, les obligations en droit romain avec l'indication des rapports entre la legislation romaine et le droit français, 3 tomes, Gand 1851...1853. Koch, das Recht der Forderungen nach preuß. Rechte, in Vergleichung mit dem gemeinen, 3 Bde. Breslau 1836. 1840. 1843.

2 L. 3. pr. D. h. t. Obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum vel servitutem nostram faciat, sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid vel faciendum vel praestandum. Vgl. L. 9. §. 2. D. de statulib.: Ea enim in obligatione consistere, quae pecunia lui praestarique possunt; libertas autem pecunia lui non potest. Ueber den Begriff der Obligatio vgl. mit den in Anm. 1. angeführten Schriftstellern noch insbesondere Kuntze, die Obligation und die Singularsuccession. Leipzig 1856. §. 1...6. (darüber Dworzak in d. krit. Ueberschau IV. S. 47. fg.) und wiederum Brinz Pand. §. 88. 89. §. 124...126.

3 Ueber die verschiedenen Bedeutungen des Wortes obligatio: vgl. Hugo im civ. Mag. III. 20. Riebel das. V. 3. Sav. a. a. O. I. §. 3. — Obligatio bedeutet noch a) die Handlung des Obligirens oder obligatorische Begebenheit, z. B. L. 1. §. 3. D. de pact. 2. 14. L. 19. D. de V. S. b) eine Schuldurkunde L. 7. Cod. de non num. pec. 4. 30. (vgl. §. 93. not. c.) c) die Verpfändung einer Sache und das daraus entstehende Rechtsverhältniß, pignoris obligatio im Gegensatz von personalis obligatio, L. 11. D. quib. mod. pign. solv. 20. 6.

B. Gegenstand.

§. 202.

1) Allgemeine Erfordernisse.

Der Gegenstand der Obligatio ist zunächst eine Handlung des Schuldners [a], diese bestehe nun in dem Verschaffen eines gewissen Vermögensobjects oder sonst in einem Thun oder Unterlassen [1]; denn auch das letzte, eine negative Handlung, kann Gegenstand der Obligatio seyn [b]. Die Handlung aber muß 1) möglich seyn [2], sowohl rechtlich [c] als natürlich möglich [d]; doch ist nicht nur eine

[a] L. 3. pr. D. h. t. cf. §. 201. not. b. [b] L. 2. §. 5. L. 4. §. 1. L. 50. pr. L. 71. D. de V. O. 45. 1. [c] L. 83. §. 5. L. 103. D. l. c. L. 29. §. 1. L. 82. pr. L. 98. pr. D. eod. §. 22. J. de inutil. stip. 3. 18. [d] L. 35. pr. L. 69. L. 97 pr. D. l. c. §. 5. J. de V. O. 3. 15. cf. L. 58. §. 1. D. locati. 19. 2.

bedingte Verpflichtung zu gegenwärtig Unmöglichem für den Fall der künftigen Möglichkeit zulässig [e], sondern es kann auch gegenwärtig Jemand zu einer an sich möglichen Leistung, die nur ihm aus individuellen Gründen zu gewähren unmöglich ist [f], und unter Umständen selbst zu an sich (objectiv) Unmöglichem insofern wirksam sich verpflichten [g], daß er für die Unmöglichkeit der Leistung verantwortlich ist. Die Handlung muß 2) eine erlaubte seyn [h], und 3) wenn auch nicht an sich und unmittelbar einen Vermögensvortheil des Forderungsberechtigten bezwecken, doch wenigstens von solcher Beschaffenheit seyn, daß sich ein vermögensrechtliches Interesse daran knüpft, dessen Gewährung den Gegenstand gerichtlicher Verfolgung und Verurtheilung des Verpflichteten abgeben kann [3].

Anm. [1] Ueber die Bedeutung von Dare, Facere, Praestare (§. 201. Anm. 2.) vgl. Gai. IV. 2. L. 13. §. 6. D. de act. emti 19. 1. L. 37. pr. D. de op. lib. 38. 1. Marezoll in Linde's Zeitschr. X. 8. Puchta Inst. II. §. 165. Huschke in der Ztschr. für gesch. Rtsw. XIII. S. 249 . . . 254.

[2] L. 185. D. de R. J. Impossibilium nulla obligatio est. L. 31. eod. Quod enim impossibile est, neque pacto neque stipulatione potest comprehendi, ut utilem actionem aut in factum efficere possit. Cf. L. 26. D. de V. O. Generaliter novimus, turpes stipulationes esse nullius momenti. Sav. a. a. O. §. 37. Mommsen Beitr. z. Obligationenrecht. Bd. 1. Braunschweig 1853. Kap. I. II.

[2] Vgl. §. 201. Anm. 2. L. 54. pr. D. mand. 17. 1. Quum servus extero se mandat emendum, nullum mandatum est. Sed si in hoc mandatum intercessit, ut servus manumitteretur, nec manumiserit, et pretium consequetur dominus ut venditur *et affectus ratione mandati agetur;* finge filium naturalem vel fratrem esse; *placuit enim prudentioribus, affectus rationem in bonae fidei iudiciis habendam.* L. 6. 7. D. de serv. export. 18. 7. Quodsi, ne poenae causa exportaretur (servus), convenit, *etiam affectionis ratione agetur.* Donell. comm. lib. 26. cap. 15. Puchta §. 220. „Nur wo die Forderung für den Gläubiger zugleich eine sittliche Pflicht ist, wird auch ein Affectionsinteresse zur Begründung derselben zugelassen;" und das. Anm. 1. „Niemals kann das Affectionsinteresse Gegenstand der Forderung seyn." Dagegen Heyer Abh. Gießen 1841. Nr. 1. und in Linde's Ztschr. n. F. III. 1. (Erwiederung gegen Vang. III. §. 571. Anm. 3. a. E. §. 608. Sint. §. 102. Vgl. Rudorff zu Puchta §. 220. not. l. „Die Behauptung (von Heyer), daß nur bei Stipulationen das eigene Interesse des Stipulators zur Gültigkeit des Vertrages erforderlich sey, in andern Fällen, z. B. bei dem mandatum aliena gratia, auch der Nutzen eines Dritten genüge, ist nicht sowohl unrichtig, als einer

[e] L. 98. pr. D. de V. O. 45. 1. L. 83. §. 5. eod. L. 34. §. 2. D. de contrah. emt. 18. 1. [f] L. 28. D. l. c. L. 34. 137. §. 4. 5. D. de V. O. 45. 1. [g] L. 35. pr. L. 83. §. 7. D. l. c. L. 4. D. de contrah. emt. 18. 1. [h] L. 26. 27. pr. cf. L. 35. §. 1. D. de V. O. 45. 1. L. 15. D. de cond. instit. 28. 7.

tiefern Begründung bedürftig und mehrern Modificationen unterworfen" (§. 233. 246. 291.). Vgl. noch Mommsen Beitr. II. S. 126. fg. und Windscheid in d. Heidelb. Zeitschr. II. S. 538. fg.

§. 203.

2) Bestimmtheit des Gegenstandes.

Der Gegenstand einer Obligatio darf nicht völlig unbestimmt und unbestimmbar [a], noch auch lediglich der Willkür des Verpflichteten anheimgestellt seyn, der alsdann etwas ganz Werthloses leisten könnte [b]; derselbe kann aber mehr oder weniger genau bestimmt und selbst nur auf billiges Ermessen (arbitrium boni viri) oder auf das bloße Gutdünken einer andern Person gestellt seyn, in welchem letzten Falle freilich die Existenz der Obligatio durch den Ausspruch dieses Gutdünkens bedingt ist [c].

Eine besondere Art unbestimmter Obligationen ist die sog. alternative Obligatio (im Gegensatz der einfachen), d. i. diejenige, vermöge welcher eine von mehreren Leistungen nach Auswahl einer bestimmten Person zu gewähren ist [d]. In der Regel hat der Schuldner selbst die Wahl [e], wo denn der Gläubiger auch nur alternativ klagen kann [f]. Vermöge besonderer Bestimmung kann aber auch der Gläubiger die Wahl haben, sey es bis zu seiner Erklärung darüber, sey es bis zur gerichtlichen Geltendmachung der Forderung [g]. Auch einem Dritten kann die Auswahl unter mehrern Leistungen anheimgestellt seyn; dann ist dessen Erklärung darüber als Bedingung der Forderung anzusehen [h].

Anm. 1 Ueber alternative Obligationen vgl. Sav. a. a. O. §. 38. Vang. III. §. 569.

2 Im R. R. findet sich ein Begriff von bestimmten Obligationen in eigenthümlichem Sinn. Certum heißt der genau bestimmte Gegenstand einer einseitigen Forderung (obligatio ad dandum), die nämlich darauf gerichtet ist, daß dem Gläubiger entweder eine bestimmte Quantität genau bestimmter vertretbarer Sachen oder eine individuell bestimmte Sache (species) oder ein Recht an solcher Sache verschafft werde. In jedem andern Fall ist der Gegenstand der Obligatio

[a] L. 94. 95. 115. pr. D. de V. O. 45. 1. L. 69. §. 4. D. de iure dot. 23. 3. L. 71. pr. D. de legat. I. L. 2. §. 5. D. de eo quod certo loco. 13. 4. [b] L. 108. §. 1. D. de V. O. 45. 1. cf. L. 22. §. 1. D. de R. J. [c] L. 22. §. 1. cit. L. 3. Cod. de dot. prom. 5. 11. L. 75...79. D. pro socio. 17. 2. L. 7. pr. D. de contrah. emt. 18. 1. L. ult. Cod. eod. 4. 38. [d] L. 128. D. de V. O. L. 5. §. 2. D. qui et a quib. manum. 40. 9. cf. L. 6. §. 1. D. de re iud. 42. 1. [e] L. 25. 34. §. 6. D. de contrah. emt. 18. 1. L. 21. §. 6. D. de act. emti 19. 1. L. 138. §. 1. D. de V. O. 45. 1. cf. L. 106. eod. L. 93. eod. L. 84. §. 9. D. de legat. I. [f] §. 33. J. de action. 4. 6. [g] L. 112. pr. D. de V. O. 45. 1. L. 75. §. 3. D. de legat. I. [h] L. 141. §. 1. D. de V. O. cf. L. 76. 141. pr. eod. L. ult. Cod. de contrah. emt. 4. 38.

ein incertum. In diesem Sinn wurden namentlich stipulatio certa und incerta genau unterschieden. pr. J. de V. O. 3. 15. L. 68. 74. 75. D. eod. 45. 1. cf. Cod. si certum petatur. 4. 2.; und konnte selbst die alternative Stipulation certa seyn, wofern nur dem Stipulator die Wahl vorbehalten war, L. 75. §. 8. D. de V. O. Ob darauf auch der contractus certi und incerti in L. 1. §. 6. D de pecun. const. 13. 5., und der contractus certus und incertus in L. 18. pr. D. de acceptil. 46. 4. L. 9. pr. D. de reb. cred. 12. 1. zu beziehen sey? Sav. Syst. V. S. 581. Brinz I. S. 377. fg. Jener Gegensatz stand in Verbindung mit Eigenthümlichkeiten des altrömischen Klagensystems, indem nur aus Obligationen der ersten Art eine condictio certi entstand; er hat aber im heutigen Recht seine Bedeutung verloren, wenn gleich die materielle Verschiedenheit der Obligationsverhältnisse, ob sie auf eine in bestimmtem Vermögenswerth beschlossene Schuld (debitum, aes alienum) des einen Theils gehen oder zunächst anderartige darauf nur eventuell zurückzuführende Leistungen zum Inhalt haben, zu keiner Zeit verkannt werden oder ohne Einfluß seyn kann. Brinz S. 374. fg.

§. 204.

3) Theilbarkeit des Gegenstandes.

Vermöge der Natur ihres Gegenstandes kann eine Leistung, und so denn auch die Obligatio selbst entweder theilbar oder untheilbar seyn (obligatio dividua oder individua). Das erste ist der Fall, wenn die Obligatio auf Verschaffen eines juristisch theilbaren Vermögensgegenstandes gerichtet ist, wie Eigenthum oder Nießbrauch an einer bestimmten Sache, und so sind namentlich alle Forderungen auf Leistung einer Quantität vertretbarer Sachen unbedingt theilbar. Folge davon ist, daß sie durch theilweise Erfüllung oder auf andere Art theilweise getilgt werden können, und durch Uebergang auf mehrere Erben des Gläubigers oder Schuldners in mehrere Theil-Obligationen zerfallen. Untheilbar dagegen ist die Obligatio, welche die Gewährung eines untheilbaren Vermögensrechts, z. B. einer Grunddienstbarkeit, zum Gegenstande hat, oder ein bloßes Thun oder Unterlassen, das in einer vollendeten, positiven oder negativen, Thatsache als ein Ganzes sich darstellen soll, nicht etwa wesentlich nur ein theilbares Recht zu verwirklichen den Zweck hat. Hier ist weder theilweise Forderung noch theilweise Erfüllung oder sonstige Tilgung möglich, und die Obligatio wird auch durch den Eintritt mehrerer Subjecte, als Gläubiger oder Schuldner, nicht getheilt.

Eine Art von Untheilbarkeit ist aber auch dann vorhanden, wenn die an sich mögliche theilweise Leistung eine Aenderung

derselben zur Folge haben würde, die gegen den Willen des Gläubigers nicht statthaft ist. Dies ist der Fall bei der alternativen Obligatio auf verschiedene theilbare Gegenstände, und bei der Obligatio auf Gewährung eines theilbaren Rechts an einer nur der Gattung nach bestimmten nicht vertretbaren Sache. Der Gläubiger kann einen Gegenstand ganz verlangen; durch die Leistung eines Theils von einem Gegenstande wird daher seine Forderung einstweilen noch nicht theilweise aufgehoben.

Uebrigens kann die untheilbare Obligatio sich in eine theilbare auflösen, insofern nicht mehr von Erfüllung des ursprünglichen Inhalts derselben, sondern nur von Leistung seines Geldwerthes die Rede ist.

Anm. Die Hauptstellen über diese Lehre sind: L. 2...4. 72. 85. D. de V. O. 45. 1. Vgl. darüber, außer den ältern Interpreten, namentlich Donellus und Cujacius: Rubo, Versuch einer Erklärung der Fragmente 2. 3. 4. 85. D. de V. O. Ribbentrop, zur Lehre von den Correalobligationen, Göttingen 1831. S. 178...241. Scheurl, comment. ad L. 2. 3. 4. 72. 85. D. de V. O. Erlangae 1835. Vang. III. §. 567. Sint. II. S. 40...55.; und jetzt vorzüglich Sav. a. a. O. I. §. 31...36.; vgl. noch unten §. 216.

4) Einzelne besondere Gegenstände.

§. 205.

a) Geldzahlung.

Geldzahlung ist ein vorzüglich wichtiger und häufiger Gegenstand von Forderungen, zumal da jede Forderung, im Fall der Nichtleistung ihres eigentlichen Gegenstandes, sich in eine Geldforderung verwandeln kann. Eine Geldforderung oder Geldschuld im eigentlichen Sinn ist dann vorhanden, wenn der Inhalt der Obligatio darin besteht, daß dem Gläubiger eine Geldsumme zu geben ist, d. h. eine Quantität des allgemeinen Werthmessers der Verkehrsgegenstände, wofür geprägte Geldstücke (Münzen) als sichtbare Repräsentanten und Zahlungsmittel dienen. Eine solche Schuld kann in der Regel durch Geben jeder zur Zahlungszeit und am Zahlungsorte anerkannten Art geprägter (ächter) Geldstücke getilgt werden, mit der Beschränkung jedoch, daß der Gläubiger in Scheidemünze nur einen gewissen Betrag anzunehmen braucht. Indessen kann auch bei einer Geldschuld die besondere Bestimmung getroffen seyn, daß die Zahlung derselben in einer bestimmten Art von

Geldstücken geschehen solle. Dagegen ist es nicht mehr eine Geldschuld im eigentlichen Sinn, vielmehr jeder andern Forderung vertretbarer Dinge gleichzuachten, wenn diese schlechthin auf Geben einer bestimmten Anzahl von Geldstücken einer bestimmten Art gerichtet ist, wobei freilich vorausgesetzt wird, daß diese nicht blos zur Bezeichnung einer gewissen Geldsumme genannt, sondern als der nur nach der Gattung bestimmte eigentliche Gegenstand des Gebens verstanden sind. Noch weniger kann von einer eigentlichen Geldschuld die Rede seyn, wenn die Obligatio bestimmte Geldstücke (als species, certum corpus nummorum) zum Gegenstande hat.

Für den Fall einer Aenderung der Münzverhältnisse nach Entstehung der Geldschuld ist als Regel aufzustellen, daß in den zur Zahlungszeit geltenden Münzen nach ihrem dermalen anerkannten Werthverhältniß vollständig diejenige Summe Geldes gegeben werde, welche zur Entstehungszeit nach den damals bestehenden Münzverhältnissen als Gegenstand der Obligatio gedacht wurde. Entscheidend dafür aber ist zunächst der Geldwerth, welcher den Münzen im Verkehr wirklich beigelegt ist; dieser bestimmt sich darnach, welcher Quantität edlen Metalls, namentlich des reinen Silbers, jene gleichgeachtet sind, und dieses Werthverhältniß ist im Zweifel nach dem angenommenen Münzfuße zu ermessen, vorausgesetzt jedoch, daß nicht besondere gesetzliche Bestimmungen ein Anderes mit sich bringen. Diese Regel ist übrigens auch dann anzuwenden, wenn die Zahlung der Geldschuld in einer gewissen Münzsorte festgesetzt ist, nur mit dem Unterschiede, daß nun, wenn möglich, bloß diese Münzsorte als Zahlungsmittel zu gebrauchen ist. Anders aber verhält es sich, wenn nur eine bestimmte Stückzahl einer gewissen Art von Münzen als solche Gegenstand der Obligatio ist.

Anm. 1 Das Geld wird aus den edlen Metallen, namentlich Gold und Silber, vorzüglich aus dem letzten, geprägt, jedoch mit einem Zusatz von unedlem Metall. Dabei kommt in Betracht: a) Schrot und Korn der Münze, d. i. das Gewicht derselben und das Verhältniß der Mischung des edlen und unedlen Metalls in derselben. b) der Münzfuß, d. i. das Normalverhältniß, wonach sich bestimmt, wie viele Münzeinheiten einer gewissen Art den Werth einer bestimmten Quantität reinen edeln Metalls darstellen sollen. Häufig wird jedoch ein gewisses Quantum auf die Prägungskosten gerechnet (Schlagschatz), so daß der Gehalt von so viel Münzen an edlem Metall nicht ganz jener Normalquantität gleichkommt. Auch kann eine Münzeinheit nach gleichem Verhältniß als

bloße Rechnungsmünze angenommen seyn, ohne daß wirklich Geldstücke von entsprechendem Werth geprägt werden. In Deutschland, wo seit langer Zeit das Silber zur Grundlage des Geldwesens genommen, hat man als Normalquantität für die Silbermünzen bis zur neuesten Zeit die feine Mark = 16 Loth reinen Silbers, und als Münzeinheit den Gulden angenommen, zu welchem sich der Thaler verhält wie 2 : 3. Daher z. B. der 14 Thaler oder 21 Gulden-Fuß, der 24 Gulden-Fuß, der 24½ Gulden-Fuß. c) der Werth, und zwar α) der Metallwerth (innere Werth) der Münze, der sich durch den wirklichen Gehalt derselben an reinem Metall (Feingehalt) bestimmt, und aus dem Münzfuße sich ergibt, vorausgesetzt, daß dieser bei der Ausprägung genau beobachtet und das einzelne Münzstück nicht etwa durch Abnützung oder Beschneidung gemindert ist. β) der Nennwerth, d. i. derjenige Werth, welcher einer Münze nach der Absicht des Münzherrn beizulegen ist, es sey dieser Wille durch die Präge oder in andrer Weise, z. B. in Form eines Gesetzes, ausgesprochen. Dabei ist es möglich, versteht sich aber nicht als Regel von selbst, daß darin ein Gebot liege, die Münze zu dem festgesetzten Werthe anzunehmen, wo denn dieser als eigentlich gesetzlicher Werth sich darstellt (Zwangscurs). γ) der Curswerth oder Verkehrswerth, d. i. derjenige, zu welchem eine Münze im rechtlichen Verkehr wirklich geschätzt und angenommen wird, welcher nicht nur vom bloßen Nennwerthe, sondern auch, kraft derogatorischer Gewohnheit, von dem eigentlich gesetzlichen Werthe abweichen kann. Verschieden davon ist der Tauschwerth des Geldes, welcher sich durch die Masse anderer Verkehrsgegenstände, die für einen gewissen Geldpreis zu haben sind, bestimmt. d) Scheidemünze wird theils ganz aus unedlem Metall, theils von geringerem Gehalt an edlem Metall geprägt, um geringere Geldwerthe oder bloße Bruchtheile des Geldwerthes der für den Geldverkehr vorzugsweise bestimmten feinhaltigeren Münzen (grober Münzsorten) darzustellen; bei ihr ist daher der innere Werth nur von untergeordneter Bedeutung, insofern sie nur zu diesem Zwecke verwendet wird. Außerdem wird sich der Verkehrswerth der Münzen hauptsächlich nach ihrem Metallwerthe richten. Vgl. überhaupt über das Geldwesen: Hoffmann, die Lehre vom Gelde, Berlin 1838. Sav. Obl. I. §. 40. 41.

2 Ueber die Bedeutung des Geldes als allgemeinen Tauschmittels vgl. L. 1. pr. D. de contrah. emt. 18. 1. Sed quia non semper nec facile concurrebat, ut, cum tu haberes, quod ego desiderarem, invicem haberem, quod tu accipere velles, electa materia est, cuius publica ac perpetua aestimatio difficultatibus permutationum aequalitate quantitatis subveniret; eaque materia forma publica percussa usum dominiumque non tam ex substantia praebet quam ex quantitate; als allgemeinen Zahlungsmittels: L. 9. §. 2. D. de statulib. (§. 201. Anm. 2.); über den Begriff der Geldsumme, im Gegensatz gegen Geldstücke (nummi): L. 94. §. 1. D. de solut. 46. 3. Sive in singulis nummis communionem pro indiviso quis esse intelligat, sive in pecunia non corpora cogitet sed quantitatem. L. 65. §. 1. D. de V. O. 45. 1. „eiusdem quantitatis aureos."

3 Unächte Münzen, mit nur scheinbarem nicht wirklichem öffentlichen Gepräge, oder für ungültig erklärte oder verringerte braucht der Gläubiger nicht anzunehmen: L. 24. §. 1. D. de pign. act. 13. 7. Qui reprobos nummos

solvit creditori ... neque liberari posse, quia reproba pecunia non liberat solventem. L. 1. Cod. de vet. numismatis pot. 11. 10. Solidos veterum principum veneratione formatos ... suscipi ... iubemus, modo ut debiti ponderis sint et speciei probae.

4 Rücksichtlich der Scheidemünze stellt eine der Natur der Sache entsprechende Regel auf das preuß. Münzgesetz vom 30. Sept. 1821. §. 7. „Zahlungen, die in ganzen, Drittel- und Sechstel-Thalerstücken geleistet werden können, ist Niemand verpflichtet in Silbergroschen anzunehmen." Vgl. die Münzconvention der zum Zollverein verbundenen Staaten vom 30. Juli 1838. „Sämmtliche Staaten .... werden ... darauf hinwirken, daß ... Niemand genöthigt werde, eine Zahlung, welche den Werth der kleinsten groben Münze erreicht, in Scheidemünze anzunehmen." Anders die Reichsgesetze, RMO. v. 1559. §. 11. RA. v. 1576. §. 76. „Daß Niemand in den Zahlungen über 25 Gülden an halben Batzen (= 2 kr., nach der RMO. „an 5 kr. Stücken") oder andern kleinen Sorten für Wehrschaft anzunehmen schuldig seye, noch viel weniger von der Obrigkeit dasselbig gebilligt werden soll." — Die Summe von 25 fl. damaliger Reichsmünze ist nach dem 24 fl. Fuße nahezu = 59 fl., 2 kr. ungefähr = $4\frac{1}{2}$ kr.

5 Veränderungen des Geldes, welche bloß Schrot und Korn der Münze betreffen, ohne Aenderung des Feingehaltes, sind unerheblich. Auch die Veränderung im Tauschwerth des Geldes kommt nicht in Betracht, wie in der That selbst diejenigen, welche derselben einen Einfluß auf Geldschulden beilegen möchten, wegen der praktischen Unausführbarkeit zugestehen müssen. Vang. §. 570. vgl. dagegen Sint. §. 85. not. 20. Wichtig aber sind Veränderungen des Münzfußes oder des Werthes der Münzen. Die Meinungen über den Einfluß solcher Aenderungen sind sehr verschieden. a) Manche nehmen, das Wesen des Geldes und der Geldschuld verkennend, blos auf den innern Werth der Münzsorten Rücksicht, Glück Bd. XII. S. 66. fg.; b) Andere dagegen blos auf den Münzfuß, Puchta §. 38., ohne zu beachten, daß, ohne förmliche Aufhebung des bisherigen Münzfußes, gleichwohl eine Aenderung in der Ausprägung von Münzen desselben Gepräges und in ihrer wirklichen Geltung eintreten kann, während zugleich Münzen von verschiedenem Gehalt eine Zeitlang nebeneinander mit gleicher Geltung im Umlauf bleiben können. c) Wieder Andere halten überall den Nennwerth als eigentlich gesetzlichen Werth für entscheidend. Pfeiffer, praktische Ausführungen I. 7. Sint. §. 85. d) Im Wesentlichen übereinstimmend mit der im Text angedeuteten Ansicht sind u. A.: (Guden) Betrachtungen über das Recht bei Bezahlung in veränderten Münzen. Braunschweig und Hildesheim. 1764. Dietze, Versuch einer münzwissenschaftlichen Beantwortung der Frage: wie ist eine Geldschuld abzutragen? u. s. w. Frankfurt 1799. Fels (praeside Schradero), Diss. quid debito pecuniario contracto, praesertim mutationibus circa pecuniam interim factis, solvendum sit. Tübing. 1814. Vgl. auch Seuffert §. 239. und Erörter. 1. 10. und jetzt noch vorzüglich G. Hufeland, über die rechtliche Natur der Geldschulden (zuerst 1807. als Rechtsgutachten über die Entscheidung der durch die Herabwürdigung der Bankozettel in Tirol entstandenen Streitigkeiten), neu herausgegeben von A. Hufeland, Berlin 1851., sodann

Savigny a. a. O. §. 42...48., womit sich auch Vang. in der 6. Aufl. III. S. 34. ausdrücklich einverstanden erklärt. Gegen diese freilich wieder Souchay in Linde's Ztschr. n. F. IX. 12.

6 Die Quellen des gemeinen Rechts enthalten für die obige Frage nur wenige ungenügende Aussprüche. a) L. 80. pr. D. de solut. 46. 3. Prout quidque contractum est, ita et solvi debet; ... veluti cum mutuum dedimus, ut retro pecuniae tantundem solvi debeat. vgl. Anm. 2. u. L. 144. §. 1. D. de R. J. In stipulationibus id tempus spectatur, quo contrahimus. L. 8. pr. D. mand. 17. 1. Uniuscuiusque contractus initium spectandum et causam. b) L. 99. D. de solut. 46. 3. Creditorem (Flor. *debitorem*) non esse cogendum in aliam formam nummos accipere, si ex ea re damnum aliquid passurus est. cf. Basil. XXVI. 5. cap. 99. Ὁ δανειστὴς οὐκ ἀναγκάζεται ἄλλον τύπον νομίσματα λαβεῖν, ἐὰν ἐκ τούτου βλάπτηται. c) L. 1. Cod. de vet. numism. pot. (Anm. 3.), cf. nov. Leonis 52.... Numismatis omne genus, quod quidem formam materiamque non adulteratam et plenum pondus habeat, sive vetustioris principis sive recentioris sit, aequaliter et aestimetur et in republica tractetur. d) cap. 26. X. de censib. 3. 39. Cum canonicis maioris ecclesiae quandam summam pecuniae pro pensione ecclesiae tuae debitam persolveris, et iidem summam illam ex integro de meliori moneta exigant sibi solvi, tibi damus nostris litteris in mandatis, ut canonicos illos solutione prioris pecuniae, vel si non sit in usu, aestimatione pensionis antiquae facias manere contentos; und cap. 20. eod. Olim causam, quam adverus clericos plebis Rupinae super synodatico proponebas, Tudertino episcopo et collegis suis commisimus terminandam: coram quibus ex parte tua fuit propositum, quod, cum iidem clerici praedecessoribus tuis tres in festo nativitatis et tres in festo resurrectionis dominicae solverint denarios Papienses, nunc tantum tres Lucenses pro singulis denariis Papiensibus persolvebant, cum tamen unus denarius Papiensis valeat sex Lucenses. ... Cum igitur constet, quod Papienses olim pro synodatico solvebantur ... et sit legitime comprobatum, quod tres Lucenses, qui pro uno Papiensi post mortem ipsius L. (praedecessoris sc.) solvebantur, quinque vel sex valebant ex illis, qui hodie sunt in usu, intelligentes ex hoc, quod per monetae declinationem acciderit, ut usque ad tempus tuum Lucenses dati fuerint pro synodatico, sicut erant in usu, procuratorem adversae partis ... tibi ad solutionem denariorum Papiensium vel aestimationem eorum ... condemnamus. — Ausführliche Bestimmungen enthält das Preuß. Rt. vgl. Koch, Rt. der Fordr. I. §. 6...8. Sav. §. 46.

§. 206.

b) Schadensersatz.

Die Verbindlichkeit zum Schadensersatz besteht darin, daß Jemand den Nachtheil, welchen ein Andrer durch einen Thatumstand, für dessen Folgen jener einstehen muß, in seinem Vermögen

erlitten hat, wieder auszugleichen verpflichtet ist. Der Unterschied zwischen dem gegenwärtigen Bestand des Vermögens, so wie er nach jenem Thatumstande, abgesehen von dem eben dadurch begründeten Ersatzanspruch, sich darstellt, und zwischen dem Betrage, den dasselbe sonst haben würde, heißt das Interesse (id quod interest sc. actoris oder creditoris), dessen Leistung sowohl den nächsten Inhalt einer Obligatio, die nämlich erst durch eine Verletzung entsteht, ausmachen, als auch an die Stelle eines andern ursprünglichen Inhalts der Obligatio treten oder zu demselben hinzukommen kann, wenn deren eigentliche Erfüllung gar nicht oder nicht in gehöriger Weise erfolgte[1]. Das Interesse aber begreift nicht nur die Minderung des Vermögens um einen schon in demselben enthaltenen Bestandtheil (damnum im e. S., positiver Schaden, sog. damnum emergens), sondern auch die Vereitelung einer Vermögensmehrung, welche sonst für den Verletzten eingetreten seyn würde (sog. lucrum cessans oder interceptum, entgangener Gewinn, negativer Schaden)[2]; und zwar kommt dabei nicht nur der Nachtheil in Betracht, welcher als nächste und unmittelbare Folge des beschädigenden Ereignisses sich ergibt, sondern auch derjenige, welcher nur mittelbar, durch Zusammentreffen besonderer Umstände oder Verhältnisse, für den Verletzten insbesondere daraus hervorgegangen ist[3]. Die Bestimmung des Umfangs solchen Verlustes und demnach zu leistenden Ersatzes hängt vom billigen Ermessen unter Beachtung der besondern Gestaltung der Verhältnisse im einzelnen Fall ab. Im Allgemeinen aber ist festzuhalten, daß nur der Nachtheil, und zwar nur ein Vermögensnachtheil, der erweislich durch das fragliche Ereigniß hervorgebracht ist, und somit auch nur ein Gewinn, auf welchen ohne jenes sicher zu rechnen war, bei der Schätzung des zu leistenden Interesse in Anschlag komme, bloße Möglichkeit eines Gewinns, der vielleicht hätte gemacht werden können, nicht berücksichtigt werden könne[4].

Das Interesse kann demnach sehr verschieden seyn von dem Werthe oder dem Betrage der Werthminderung des Gegenstandes an sich, in dessen Entziehung oder Verringerung die Schadenszufügung bestand[5]. Um übrigens übermäßigem Anschlag des Interesse vorzubeugen, ist verordnet, daß bei Obligationen, die nicht von Anfang auf das Interesse gehen, die Schätzung desselben nicht den doppelten Betrag des als Gegenleistung festgesetzten Preises

oder sonst des mit Bestimmtheit zu ermittelnden Werthes des eigentlichen Gegenstandes überschreiten soll[6].

Anm. [1] Vgl. Donelli comment. lib. 26. cap. 13. sq. Schömann, Lehre vom Schadensersatz, 2 Thle., Gießen 1806. F. Hänel, Versuch einer Darstellung d. Lehre vom Schadensersatz, Leipzig 1823. J. N. v. Wening-Ingenheim, d. Lehre vom Schadenersatz nach R. Rt. Hdlb. 1841. und jetzt vorzüglich Fr. Mommsen, Beiträge z. Obligationenrecht, 2 Thl. „zur Lehre von dem Interesse." Braunschweig 1855., mit der Rec. von Windscheid in der Heidelb. krit. Ztschr. II. S. 525 . . . 563.

[2] L. 13. pr. D. rat. rem hab. 46. 8. Quantum mea interfuit, id est, quantum mihi abest quantumque lucrari potui. L. 33. pr. in f. D. ad leg. Aquil. 9. 2. In lege enim Aquilia damnum consequimur, et amisisse videmur, quod aut consequi potuimus aut erogare cogimur. L. 33. D. locati. 19. 2. Tantum ei praestabis, quantum eius interfuerit frui, in quo etiam lucrum eius continebitur. L. 21. §. 2. D. quod met. causa. 4. 2. „aestimatur enim quod restitui oportet, id est quod abest; (abest) autem nuda possessio cum suis fructibus." L. 7. Cod. arbitr. tut. 5. 51. „Quidquid . . . minores amiserint vel, cum possent, non adquisierint." Nicht hieher gehört die von Mommsen S. 134. mitangeführte L. 2. §. 11. D. ne quid in loco publ. 43. 8. „Damnum autem pati videtur, qui commodum amittit, quod ex publico consequebatur;" denn vgl. §. 12. ibid. „Proinde si cui prospectus, si cui aditus sit deterior aut angustior, interdicto opus est." Vgl. aber noch RDA. v. 1600. §. 139. „So viel nun . . . . vor billig geachtet worden, wenn der Schuldner in mora restituendi pecuniam mutuam ist, daß er seinem Gläubiger von derselben zeithero . . . das Interesse zu entrichten und gut zu machen schuldig sei, ... so ordnen und wollen wir nochmals, daß solche interesse a tempore morae erstattet, und derowegen den Creditorn fünf Gulden vom Hundert bezahlt werden, oder aber, da dem creditori solche fünf Gulden nit annehmlich, sondern er vermeynen wollte, tam ex lucro cessante quam damno emergente ein mehreres zu fordern, daß ihm alsdann sein ganz Interesse zu deduciren, gebührlich zu liquidiren und zu bescheinen . . . unbenommen sein soll." — Nicht entgegen: L. 26. D. de damno infecto 39. 2. „. . . scilicet quia non debeat videri is damnum facere, qui eo veluti lucro, quo adhuc utebatur, prohibetur, multumque interesse, utrum damnum quis faciat, an lucro, quod adhuc faciebat, uti prohibeatur"; noch L. 71. §. 1. D. de furt. 47. 2. „. . . . quia furti agere potest is, cuius interest, rem non surripi: interesse autem eius videtur, qui damnum passurus est, non eius, qui lucrum facturus esset." Mommsen S. 135. „Die einzige Schlußfolgerung, welche etwa aus der L. 71. §. 1. cit. entnommen werden könnte, ist die, daß ein entgangener Gewinn nur dann berücksichtigt wird, wenn er aus einer causa honesta gemacht werden konnte. Dies ist aber etwas, was wir auch, wenn die Stelle nicht da wäre, annehmen müßten." vgl. S. 188. fg.

[3] L. 21. §. 2. D. ad leg. Aquil. 9. 2. Sed utrum corpus eius

solum aestimamus, quanti fuerit, quum occideretur *(sc. servus)*, an potius, quanti interfuerit nostra, non esse occisum? Et hoc iure utimur, ut eius, quod interest, fiat aestimatio. L. 22. eod. Proinde si servum occidisti, quem sub poena tradendum promisi, utilitas venit in hoc iudicium. §. 1. Item causae corpori cohaerentes aestimantur, si quis ex comoedis aut symphoniacis aut gemellis aut quadriga aut ex pari mularum unum vel unam occiderit; non solum enim peremti corporis aestimatio facienda est, sed et eius ratio haberi debet, quo cetera corpora depretiata sunt. — L. 13. pr. D. de act. emti 19. 1. . . . Qui pecus morbosum aut tignum vitiosum vendidit, . . . si sciens reticuit et emtorem decepit, omnia detrimenta, quae ex ea emtione emtor traxerit, praestiturum ei. Sive igitur aedes vitio tigni corruerunt, aedium aestimationem, sive pecora contagione morbosi pecoris perierunt, quod interfuit, idonee *(idonea)* veniisse, erit praestandum. Man pflegt hiernach directes Interesse oder unmittelbaren Schaden, utilitas oder damnum circa rem ipsam, und indirectes Interesse oder mittelbaren Schaden, utilitas oder damnum extra rem, zu unterscheiden. Jedoch hat man mit diesen Ausdrücken nicht immer dieselben Begriffe verbunden und der Unterscheidung ungegründete praktische Folgen gegeben (vgl. Anm. 4.); daher sie mit gutem Grund jetzt ganz verworfen wird von Mommsen S. 265. fg.

4 Vgl. a) L. 33. pr. D. ad leg. Aquil. 9. 2. Si servum meum occidisti, non affectiones aestimandas esse puto, veluti si filium tuum naturalem quis occiderit, quem tu magno emtum velles, sed quanti omnibus valeret. Sextus quoque Pedius ait, pretia rerum non ex affectione nec utilitate singulorum, sed communiter fungi. Itaque eum qui filium naturalem possidet, non eo locupletiorem esse, quod eum plurimo, si alius possideret, redemturus fuit; nec illum, qui filium alienum possideat, tantum habere, quanti eum patri vendere posset, etc. s. Anm. 3. b) L. 29. §. 3. eod. . . Sed ubi damni injuria agitur ob retia, non piscium, qui ideo capti non sunt, fieri aestimationem, cum incertum fuerit, an caperentur. Idemque et in venatoribus et in aucupibus probandum. c) L. 19. D. de periculo. 18. 6. Venditori si emtor in pretio solvendo moram fecerit, usuras duntaxat praestabit, non omne omnino, quod venditor mora non facta consequi potuit, veluti si negotiator fuit et pretio soluto ex mercibus plus quam ex usuris quaerere potuit. d) L. 21. §. 3. D. de act. emti. 19. 1. Quum per venditorem steterit, quominus rem tradat, omnis utilitas emtoris in aestimationem venit, quae modo circa ipsam rem consistit. Neque enim si potuit ex vino, puta, negotiari et lucrum facere, id aestimandum est, non magis, quam, si triticum emerit et ob eam rem quod non sit traditum, familia eius fame laboraverit; nam pretium tritici, non servorum fame necatorum consequitur; nec maior fit obligatio, quod tardius agitur, quamvis (aestimatio) crescat, si vinum hodie pluris sit: merito, quia, sive datum esset, haberem emtor, sive non, quoniam saltem hodie dandum est, quod iam olim dari oportuit (nach Hal. *quia*, *si datum esset, hoc haberet*

emtor; quoniam vero non dedit, saltem hodie etc). e) L. 2. §. 8. D. de eo quod certo loco. 13. 4. Itaque utilitas quoque actoris veniet. Quid enim, si traiectitiam pecuniam dederit, Ephesi recepturus, ubi sub poena debebat pecuniam vel sub pignoribus, et distracta pignora sunt vel poena commissa mora tua? vel fisco aliquid debebatur et res stipulatoris vilissimo distracta est? In hanc arbitrariam quod interfuit veniet, et quidem ultra legitimum modum usurarum. Quid si merces solebat comparare, an et lucri ratio habeatur, non solius damni? Puto et lucri habendam rationem. — Verschiedene Ansichten in Betreff der Unterscheidung und Leistung des sog. directen und indirecten Interesse, oder des sog. damnum circa rem und extra rem: *α*) Das indirecte Interesse sey bei Obligationen, die nicht aus Vergehen entstehen, in der Regel nur wegen Gewissenlosigkeit (Dolus), nicht auch wegen Culpa des Verpflichteten zu leisten (Göschen §. 396.), worin so viel wahr ist, daß in Fällen der letzten Art nach Billigkeit eine mildere Beurtheilung in Ermittlung des dem Verpflichteten zuzurechnenden Schadens angemessen seyn kann. Unterholzner §. 131. not. f. g. *β*) Nur bei Bestimmung des Ortsinteresse komme ausnahmweise jeder erweislich entgangene Gewinn in Anschlag, sonst nur der gemeine, durch die Sache und ihre allgemeine Bestimmung selbst gegebene (utilitas circa rem ipsam), während bei dem positiven Schaden regelmäßig jeder mittelbare Verlust berücksichtigt werde (Puchta §. 225. not. h...k. Seuffert 236.), worin so viel richtig ist, daß gerade bei Festsetzung eines bestimmten Zahlungsortes der Entgang eines durch besondere Umstände bedingten Gewinns am leichtesten als sichere und billiger Weise zuzurechnende Folge der Verletzung der Verbindlichkeit sich wird erweisen lassen. Vang. §. 571. Anm. 3. Sint. §. 86. not. 21. vgl. jetzt auch Seuffert 3. Aufl. §. 236. not. 5. *γ*) Nach L. 19. und L. 21. §. 3. cit. trete nur beim Kaufe eine besondere Beschränkung für Berechnung des Interesse ein (Hänel a. a. O. §. 83.), oder *δ*) L. 19. cit. beziehe sich nur insbesondere auf Geldschulden: (Mühlenbruch §. 367. Madai von der Mora S. 383. fg.), welche beide Beschränkungen des innern Grundes entbehren und von denen die letzte insbesondre dem RDA. v. 1600. (Anm. 2.) offenbar zuwider ist. Vgl. überhaupt noch Vang. Sint. Seuffert a. a. O. und jetzt vorzüglich Mommsen a. a. O. S. 137. fg. 255. fg.

5 L. 1. pr. D. de act. emti. 19. 1. Si res vendita non tradatur, in id quod interest agitur, hoc est, quod rem habere interest emtoris: hoc autem interdum pretium egreditur, si pluris interest, quam res valet vel emta est. Vgl. a) L. 193. D. de V. S. Haec verba *quanti eam rem paret esse* non ad quod interest, sed ad rei aestimationem referuntur. L. 4. §. 11. D. vi bon. rapt. 47. 8. Haec autem actio . . . datur in duplum *quanti ea res erit*, quod ad pretium verum rei refertur. L. 1. §. 4. D. si quis ius dic. 2. 3. Hoc iudicium non ad id quod interest, sed *quanti ea res est* concluditur, et cum meram poenam contineat, neque post annum neque in heredem datur. L. 9. §. 8. D. ad exhib. 10. 4. Et ideo Neratius ait utilitatem actoris venire in aestimationem, non quanti res sit: quae utilitas, inquit, interdum

minoris erit quam res. Dagegen b) L. 68. D. de rei vind. 6. 1. *Quanti res est*, id est, quanti adversarii interfuit. L. 3. §. 11. D. uti poss. 43. 17. *Quanti res est* sic accipimus, quanti uniuscuiusque interest, possessionem retinere L. 4. §. 7. D. de damno inf. 39. 2. *Quanti ea res est*, cuius damni infecti nomine cautum non erit, iudicium datur, quod non ad quantitatem refertur, sed ad id quod interest, et ad utilitatem venit, non ad poenam. Vgl. darüber Sav. V. S. 441...460. Puchta §. 224. not. b. Mommsen S. 45. fg., und über die Bedeutung der Ausdrücke *aestimatio* und *pretium rei*, welche, ebenso wie das *quanti res est*, nicht immer den reinen Sachwerth im Gegensatz des Interesse bezeichnen (z. B. L. 36. §. 2. D. de usufr. 7. 1.), denselben S. 68. fg. — Ueber den Einfluß des Ortes und der Zeit auf die Schätzung *(quanti res fuit, q. r. est, quanti res erit):* L. 8. §. 1. D. de cond. furt. 13. 1. L. 3. 4. D. de cond. trit. 13. 3. L. 22. D. de reb. cred. 12. 1. L. 3. §. 2. D. commod. 13. 6. L. 37. D. mand. 17. 1. Sav. VI. S. 198. fg. Büff, über den Zeitpunkt der Schätzung beim Wertherſatz, im civ. Arch. XXXIII. 5. 10. Mommsen S. 190...231.

[6] L. un. Cod. de sententiis, quae pro eo quod interest proferuntur 7. 47. Cum pro eo, quod interest, dubitationes in infinitum productae sunt, melius nobis visum est, huiusmodi prolixitatem, prout possibile est, in angustum coarctare. Sancimus itaque in omnibus casibus, qui certam habent quantitatem vel naturam, veluti in venditionibus et locationibus et omnibus contractibus, hoc, quod interest, dupli quantitatem minime excedere. In aliis autem casibus, qui incerti esse videntur, iudices, qui causas dirimendas suscipiunt, per suam subtilitatem requirere, ut hoc, quod revera inducitur damnum, hoc reddatur, et non ex quibusdam machinationibus et immodicis perversionibus in circuitus inextricabiles redigatur, ne, dum in infinitum computatio reducitur, pro sua impossibilitate cadat, cum sciamus esse naturae congruum, eas tantummodo poenas exigi, quae vel cum competenti moderamine proferuntur vel a legibus certo fine conclusae statuuntur. Et hoc non solum in damno, sed etiam in lucro nostra amplectitur constitutio, quia et ex eo veteres id quod interest statuerunt. Et sit omnibus, secundum quod dictum est, finis antiquae prolixitatis huius constitutionis recitatio. Vgl. 43. in f. L. 44. D. de act. emti. 18. 1. — Streitfrage: ob diese gesetzliche Beschränkung auch bei Ersatzverbindlichkeiten aus Vergehen stattfinde? Mühlenbruch §. 370. Schömann a. a. O. II. S. 144 fg.; oder im Gegentheil ob sie auch im Falle böswilliger Verletzung eines obligatorischen Verhältnisses wegfalle? Donell. l. c. cap. 7. Seuffert Erörtr. I. S. 161. fg. Dagegen W. Sell in dessen Jahrb. 1. 5. und Vang. §. 571. Anm. 4. Mommsen S. 235. fg. Der letzte erklärt sich zugleich mit gutem Grunde gegen die jetzt herrschende Ansicht, wornach es auf den in der Gegenleistung ausgesprochenen Preis des Gegenstandes der Leistung nicht ankommen soll, sondern immer nur auf dessen wirklichen Werth; dagegen jedoch Windscheid a. a. O. S. 559. — Ueber eidliche Selbstschätzung des Interesse s. oben §. 115. num. 3. Mommsen a. a. O. S. 259. fg.

c) Zinszahlung.

§. 207.

Zinsen, usurae, sind eine Vergütung, welche Jemand für die von ihm gewährte oder ihm vorenthaltene Nutzung einer Quantität vertretbarer Sachen, nach Verhältniß des Betrages und der Zeitdauer, in gleichartiger Leistung zukommt. Die Zinsverbindlichkeit setzt eine Hauptschuld voraus, deren Gegenstand in vertretbaren Sachen [b], vorzüglich Geld [c], besteht (caput [d], sors [e], Capital, Hauptstock); die Zinsen sind eine juristische Frucht [f] dieser Hauptforderung, verschieden von Renten [g], z. B. dem Zins von sog. Ewiggelde, welchen keine Forderung auf die Hauptsumme entspricht [1].

Aus verschiedenen Gründen kann sich die Zinsverbindlichkeit von selbst, kraft rechtlicher Vorschrift, mit einer zinsfähigen Hauptschuld verbinden, sog. gesetzliche Zinsverbindlichkeit [2]; sie kann außerdem, immer unter Voraussetzung einer solchen Hauptschuld, durch Rechtsgeschäft begründet werden, so durch letztwillige Verfügung [h], und vorzüglich durch Vertrag [i], daher vertragsmäßige Zinsverbindlichkeit [3]. Die Zinsverbindlichkeit kann entweder auch formell blos als ein accessorischer Bestandtheil der Hauptschuld, oder außer derselben, obgleich aus ihr hervorgehend, als besondere Obligatio bestehen. Im ersten Falle können die Zinsen als Nebengegenstand nur durch die Klage aus der Hauptschuld, also nur, so lange diese stattfindet, gefordert werden [k]; im andern Fall ist eine selbständige Zinsklage, je nachdem die Zinsen fällig geworden, möglich [l]; dies setzt aber regelmäßig ein Rechtsgeschäft als Entstehungsgrund der Zinsverbindlichkeit voraus [4].

Anm. 1 — a) Zinsen in Beziehung auf eine Hauptverbindlichkeit, deren Gegenstand nicht vertretbare Dinge sind? *α*) L. 25. Cod. h. t. Pro auro et argento et veste facto chirographo licitas solvi vel promitti usuras iussimus. cf. L. 3. §. 4. D. h. t. L. 8. Cod. si cert. pet. 4. 2. *β*) L. 17. §. 8. D. h. t. Si dies non sit ab his, qui statuas vel imagines ponendas

[a] Dig. de usuris et fructibus. 22. 1. Cod. de usuris 4. 32. [b] L. 23. L. 26. §. 1. Cod. h. t. [c] L. 121. D. de V. S. vgl. Anm. 2. [d] L. un. §. 2. Theod. Cod. de usur. rei iud. 4. 19. [e] L. 20. D. h. t. L. 4. Cod. depos. 4. 34. L. 58. §. 1. D. de adm. 26. 7. u. a. [f] L. 121. cit. L. 34. D. h. t. (§. 55. Anm. 3. 4.) [g] Dig. de annuis legatis. 33. 1. [h] L. 3. §. 6. D. l. c. [i] L. 17. §. 4. L. 41. §. 2. D. h. t. L. 24. D. de praescript. verb. 19. 5. L. 1. 3. Cod. h. t. cf. L. 4. 12. eod. L. 30. D. h. t. [k] L. 49. §. 1. D. de act. emti. 19. 1. L. 4. Cod. depos. 4. 34. L. 13. Cod. h. t. cf. L. 23. D. de exc. rei iud. 44. 2. [l] L. 1. Cod. de iud. 3. 1. cf. L. 23. cit.

legaverunt, praefinitus, a praeside tempus statuendum est, et, nisi posuerint heredes, usuras reipublicae usque ad tertiam centesimae pendent. b) Gestattung anderer Vortheile in vicem usurarum: L. 14. 17. Cod. h. t. L. 11. §. 1. D. de pign. 20. 1. — In nov. 72. cap. 6. wird das Hauptgeld bezeichnet durch τὸ ἀρχαῖον; die Vulgata übersetzt aber ἐπὶ τοῖς ἀρχαίοις unpassend durch: *in antiquis.*

2 Eine gesetzliche Zinsverbindlichkeit tritt ein: a) wegen Zögerung in Bezahlung einer Geldschuld, theils nach den allgemeinen Grundsätzen vom Verzug, L. 32. §. 2. D. h. t. (Verzugszinsen, §. 251), theils nach besonderer Rechtsvorschrift; namentlich können: *α*) der Fiscus und Minderjährige, die letzten bis zur Volljährigkeit, von jeder fälligen Geldschuld sofort auch Zinsen berechnen, L. 17. §. 5. 6. L. 43. D. h. t. L. 3. Cod. in quib. caus. in int. 2. 41. L. 87. §. 1. D. de legat. II., desgl. *β*) der Verkäufer vom Kaufpreise von der Zeit an, da der Käufer in den Besitz des Kaufgegenstandes gesetzt ist, L. 13. §. 20. 21. D. de act. emti. 19. 1. L. 5. Cod. eod. 4. 49. Vgl. zudem §. 208. Anm. 2. b) wegen unbefugter Verwendung fremden Geldes in eigenen Nutzen. L. 1. §. 1. D. h. t. L. 10. §. 3. D. mand. 17. 1. L. 7. §. 10...12. D. de adm. tut. 26. 7. c) überhaupt wegen Verbindlichkeit zur Leistung des Interesse (§. 206.), insofern darin Zinsen begriffen sind. In Fällen dieser Art ist aber häufig nicht sowohl von einer eigentlichen Zinsverbindlichkeit, als Zuwachs einer Hauptschuld, als vielmehr nur von Berechnung eines möglich gewesenen Zinsgewinns zur Bestimmung des Hauptinhalts einer Obligatio die Rede; so z. B., wenn der Verwalter fremden Vermögens dazu gehöriges Geld verzinslich anzulegen versäumt und deshalb Ersatz zu leisten hat, eine Ersatzverbindlichkeit, welche dem übrigen möglichen Inhalt der aus der Geschäftsführung hervorgehenden Hauptobligatio völlig gleichartig ist und wohl auch allein diesen ausmachen kann. L. 17. §. 7. D. h. t. L. 19. §. 4. D. de negot. gest. 3. 5. L. 7. §. 3. L. 15. D. de adm. 26. 7. Vgl. Unterholzner I. S. 323. fg., dagegen freilich Sint. §. 87. not. 19. 25. — Uebrigens noch zu bemerken: aa) L. 17. §. 5. D. h. t. Fiscus ex suis contractibus usuras non dat; ... cum autem in locum privati successit, etiam dare solet. Darüber ein Plenarbeschluß des OAGerichts in München vom 5. Juni 1844. „Dieses Privilegium ist auf andere Obligationsverhältnisse und auf andre als Verzugszinsen nicht auszudehnen." Seuffert §. 245. not. 11. bb) L. 22. D. de donat. 39. 5. Eum, qui donationis causa pecuniam ... promisit, de mora solutionis pecuniae usuras non debere. cf. L. 16. pr. D. h. t. L. 1. pr. D. de pollicitat. 50. 12. cc) L. 9. D. de mag. conv. 27. 8. Constitutum est, poenarum usuras peti non posse. cf. L. 1. Cod. de fiscalibus usuris. 10. 8.

3 Eine Vermuthung für die Existenz der Zinsverbindlichkeit wird durch die eine längere Zeit hindurch wiederholte Zinszahlung begründet, L. 6. D. h. t., was man irrthümlich als Entstehung der Zinsverbindlichkeit durch Verjährung aufgefaßt hat. cf. L. 7. Cod. h. t.

4 L. 49. §. 1. D. 19. 1. Pretii sorte licet post moram soluta, usurae peti non possunt, quum hae non sint in obligatione, sed officio iudicis

praestentur. L. 58. pr. D. ad Sc. Treb. 36. 1. „usurae praeteriti temporis, quae in obligatione vel in officio iudicis fuerunt.“ cf. L. 54. pr. D. locati. 19. 2. Usurae enim in bonae fidei iudiciis etsi non tam ex obligatione proficiscantur, quam officio iudicis applicentur *etc.* (vgl. Girtanner v. d. Bürgschaft. II. S. 413). L. 4. Cod. 4. 34. Sed si, cum depositi actione expertus es, tantummodo sortis facta condemnatio est, ultra non potes propter usuras experiri. Non enim duae sunt actiones, alia sortis alia usurarum, sed una, ex qua condemnatione facta iterata actio rei iudicatae exceptione repellitur. Dagegen L. 1. Cod. 3. 1. Judicio coepto, usurarum stipulatio non est peremta. Superest igitur, ut debitorem eius temporis, quod non est in iudicium deductum, convenire possis. Doch ist in Fällen, wo officio iudicis usurae praestantur, die Anstellung der Hauptklage blos wegen der Zinsen nicht unbedingt ausgeschlossen, arg. L. 23. D. 44. 2., unrichtig erklärt von Mühlenbruch §. 371. not. 4., vgl. Keller Litiscontestatio S. 536. fg. Sav. VI. S. 452. not. r. S. 160. Bekker, Consumtion S. 240. — Der Ausdruck: *officio iudicis u. p.* bezeichnete zunächst nur, daß Zinsen in Folge der Hauptklage, ohne in der Formula als Gegenstand derselben angegeben zu seyn, durch den Judex zuzuerkennen waren, als enthalten in dem: quanti ea res est oder quidquid dare facere oportet, was auch die Wirkung einer besondern Verabredung (eines pactum adiectum) seyn konnte, wenn nur die Formula nicht eine condemnatio certae pecuniae enthielt. Sav. VI. S. 128. fg. Wo aber lediglich kraft des officium iudicis Zinsen zuerkannt werden, da muß dieses aus der rechtlichen Natur der Hauptobligatio hervorgehen, also auf einem Rechtssatz beruhen. Dagegen liegt es an sich nicht im Begriff gesetzlicher Zinsen, daß sie nur mit der Hauptforderung und nur durch die Hauptklage gefordert werden können, was namentlich für den Fall in Anm. 1. a. *β.* mit Grund zu bezweifeln seyn möchte.

§. 208.

Die Höhe der zu leistenden Zinsen[1], innerhalb der gesetzlichen Gränze (§. 209), bestimmt sich, wo die Zinsverbindlichkeit durch Rechtsgeschäft begründet ist, durch die betreffende Festsetzung, welche aber durch vorbehaltlose Annahme geringerer Zinsen für die Zukunft stillschweigend herabgesetzt wird[a]. Für gesetzliche Zinsen ist sie zum Theil gesetzlich bestimmt[2]; wo dies nicht der Fall ist, richtet sie sich nach dem Maße der Zinsen, welche der Gläubiger nach Landesgewohnheit und zugleich den Gesetzen gemäß durch Ausleihen des Geldes hätte gewinnen können[b].

Anm. 1 Das Verhältniß der für eine gewisse Zeit zu zahlenden Zinsen zu der Hauptsumme heißt Zinsfuß (gesetzlicher, landesüblicher, vertragsmäßiger). Diesen bezeichnet man heutzutage gewöhnlich durch Angabe der jährlichen, bei den Römern aber durch Angabe der monatlichen Procente; daher centesimae usurae

[a] L. 5. 8. Cod. h. t. [b] L. 1. pr. D. h. t. L. 38. D. de neg. gest. 3. 5. L. 10. §. 3. D. mand. 17. 1. L. 7. §. 10. D. de adm. 26. 7. L. 39. §. 1. D. de legat. I.

= eins vom Hundert monatlich = 12 Procent jährlich, semisses usurae = 1/2 der centesimae usurae = 6 Procent jährlich, trientes usurae = 1/3 der centesimae usurae = 4 Procent jährlich, besses usurae = 2/3 der centesimae usurae = 8 Procent im heutigen Sinn, u. s. w. In der spätern Zeit wurden jedoch centesimae usurae gleich 1/8 des Capitals oder 12 1/2 Procent jährlich genommen, indem man jährlich drei Siliquae (Vierundzwanzigtheile) von jedem Solidus des Capitals berechnete. Interpret. ad L. 2. Theod. Cod. de usur. 2. 33. cf. nov. 32. cap. 1. nov. 34. cap. 1. Jac. Gothofred. ad. L. 1. 2. Theod. Cod. l. c.

2 Das R. R. bestimmt a) 12 Procent jährlich α) für die usurae rei iudicatae nach Ablauf der gesetzlichen Zahlungsfrist von vier Monaten, jedoch nur vom ursprünglichen Capital, nicht auch von zugesprochenen Zinsen. L. 2. 3. Cod. de usur. rei iud. 7. 54. β) für die Zinsen, welche dem Miteigenthümer eines Hauses wegen ausgelegter Reparaturkosten zu vergüten sind. L. 4. Cod. de aedif. priv. 8. 10. (§. 133.). b) 4 Procent jährlich α) in dem Falle des §. 207. Anm. 1. a. β. β) für die Zinsen der versprochenen, so wie der zu restituirenden Dos. L. 31. §. 2. Cod. de iure dot. 5. 12. L. un §. 7. Cod. de rei ux. act. 5. 13. γ) in Betreff von Vermächtnissen unter Bedingung des Wittwenstandes. nov. 22. cap. 44. §. 4. cf. nov. 2. cap. 4. c) 3 Procent in einem einzelnen Falle nach L. 12. pr. Cod. de pet. hered. 3. 31. d) das regelmäßige gesetzliche Zinsmaximum (§. 209.) für die Zinsen, welche ein Geschäftsführer wegen unbefugter Verwendung von Geldern in seinen eigenen Nutzen zu erstatten hat. L. 38. D. de neg. gest. 3. 5. L. 7. §. 4. 10. D. de adm. tut. 26. 7. L. 1. Cod. de usuris pupillaribus. 5. 56. In diesen Stellen sind maximae oder legitimae usurae genannt, worunter zur Zeit ihrer Verfasser centesimae usurae zu verstehen waren, nach Justinianischem Recht aber (§. 209.) nur 6 Procent jährlich zu verstehen sind, obgleich auch darin ausnahmsweise noch centesimae usurae vorkommen. Puchta §. 228. not. aa. Ebenfalls 6 Procent (semisses usurae) werden dem Fiscus zugesprochen. L. 17. §. 6. D. h. t. — Ueber die heutige Anwendung dieser Bestimmungen vgl. §. 210.

§. 209.

Zinsverbindlichkeiten unterliegen nach römischem Recht folgenden gesetzlichen Beschränkungen: 1) Der Zinsfuß soll bei Geldschulden regelmäßig [a] nicht mehr als 6 Procent jährlich betragen [1]. 2) Von Zinsen sollen nicht wieder Zinsen (usurarum usurae) genommen werden [b], weder so, daß die erwachsenden Zinsen zum Capital geschlagen (sog. anatocismus coniunctus), noch so, daß sie als abgesondertes Capital verzinst werden (sog. anatocismus separatus) [2]. 3) Die Summe der rückständigen Zinsen soll nicht

[a] L. 26. §. 1. Cod. h. t. [b] L. 26. §. 1. D. de cond. indeb. 12. 6. L. 27. D. de re iud. 42. 1. L. 29. D. L. 28. Cod. h. t.

ultra alterum tantum [c], d. h. nicht höher als bis zum Betrage der Hauptschuld selbst anwachsen [3].

Verletzung dieser Vorschriften ist (unerlaubter) Zinswucher; Rechtsgeschäfte sind, so weit sie ihnen, offen oder versteckt [d], widerstreiten, ungültig und begründen keine Forderung [e]; Zahlung gesetzwidriger Zinsen vermindert von selbst die Hauptschuld und erzeugt, wenn diese schon getilgt ist, eine Klage auf Rückzahlung [f]. Um der Umgehung des Gesetzes vorzubeugen, ist noch insbesondere die Vorwegnahme der Zinsen durch Abzug von der dargeliehenen Summe für unstatthaft erklärt [4], so daß nur das wirklich Gegebene als Capital zu betrachten ist [g].

Anm. 1 Nach älterem Recht waren centesimae usurae das regelmäßig erlaubte höchste Zinsmaß; Justinian setzte es auf die Hälfte herab, jedoch mit folgenden Ausnahmen: a) Kaufleuten und Fabrikanten sollten 8 Procent, dagegen b) Personen vom Range der Illustres oder noch höherem Range nur 4 Procent jährlich gestattet seyn, c) beim foenus nauticum (Dig. 22. 2.), das bis dahin ohne Beschränkung war, so wie bei Darlehen anderer Gegenstände als Geld (specierum foenori dationes), 12 Procent. Eben so viel aber blieb zudem in einem Falle (§. 208. Anm. 2. a. β), und wurde später noch in einem andern Falle (ibid. α.) als gesetzliche Zinsen gestattet. Für Landleute insbesondere beschränkte Justinian später noch die Zinsen von Geldschulden auf 4 Procent oder genauer 1 Siliqua von jedem Solidus. nov. 34. cap. 1.

2 Nicht Anatocismus ist es, wenn bezahlte Zinsen wieder verzinslich dargeliehen werden, und eben so wenig verstößt es gegen das Verbot des Anatocismus, daß, wer als Geschäftsführer für einen Andern Zinsen eingenommen, davon seinerseits wieder Zinsen zu vergüten verbindlich werden kann, L. 10. §. 3. D. mand. 17. 1. L. 7. §. 12. D. de adm. tut. 26. 7. (§. 207. Anm. 2.). Streitig: ob auch durch eine nicht in fraudem legis geschehene Novation Zinsen ihre Eigenschaft als solche verlieren und selbst wieder zinstragend werden können? Puchta §. 229. not. ii. bejaht es. Dagegen Fritz Erläutr. III. S. 64. fg. Sint. §. 87. not. 49. Seuffert's Arch. II. 150. arg. L. 28. Cod. h. t. „Nullo modo licere cuiquam usuras praeteriti temporis vel futuri in sortem redigere et earum iterum usuras stipulari.“ cf. L. 3. Cod. de usur. rei iud. 7. 54. (§. 208. Anm. 2. a. α.). Im Cursus der Instit. III. §. 261. not. cc. sagt auch Puchta, Justinian habe das Verbot des Anatocismus dadurch verschärft, „daß nicht einmal durch eine Novation die rückständigen Zinsen zinsfähig werden sollen.“

3 Justinian hat sogar, unverständiger Weise, verordnet, daß auch die bezahlten Zinsen in das alterum tantum eingerechnet werden sollen: L. 29. 30.

c L. 26. §. 1. D. cit. L. 10. 27. §. 1. Cod. h. t. d L. 44. D. h. t. L. 13. §. 26. D. de act. emt. 19. 1. e L. 9. pr. L. 29. D. h. t. L. 26. §. 1. L. 27. pr. Cod. h. t. L. 3. §. 6. D. de ann. leg. 33. 1. f L. 26. pr. §. 1. D. de cond. indeb. 12. 6. L. 18. 26. §. 1. Cod. h. t. g L. 26. §. 1. Cod. l. c.

Cod. h. t. nov. 121. cap. 2. nov. 138. 160., aber diese Stellen sind alle nicht glossirt. Vgl. überhaupt W. Sell in dessen Jahrb. I. 2.

4 Vorausbezahlung von Zinsen, vor der Zeit ihrer Fälligkeit, ist übrigens nicht unstatthaft, L. 57. pr. D. de pact. 2. 14. L. 2. §. 6. D. de doli except. 44. 4., sofern sie nicht zur Verkleidung unerlaubten Zinswuchers dient. Vgl. Sint. not. 55.

§. 210.

Das canonische Recht hatte das Zinsennehmen ganz verboten und Zinsgeschäfte für ungültig erklärt, wodurch jedoch weder die Forderung auf das Interesse (§. 206.) wegen widerrechtlich verzögerter Zahlung von Geldschulden, noch die Erkaufung einer Rente durch Hingabe einer Hauptsumme, als des Kaufpreises dafür, ausgeschlossen war [1]. In Deutschland aber ist durch eine entschiedene Praxis, unterstützt durch einzelne reichsgesetzliche Bestimmungen, die Zulässigkeit von Zinsgeschäften wieder anerkannt worden. Dadurch haben denn die Vorschriften des römischen Rechts über Zinsen im Allgemeinen ihre Anwendbarkeit wieder erhalten. Der gesetzliche Zinsfuß aber ist auf 5 Procent jährlich herabgesetzt worden [2], und zwar findet dieser Zinsfuß nun auch in solchen Fällen Anwendung, in welchen nach römischem Rechte noch ausnahmsweise mehr als 6 Procent gestattet sind [3].

Anm. 1 Ueber das canonische Recht vgl. X. de usuris. 5. 19., in 6to. 5. 5., Clem. 5. 5. Böhmer, ius eccles. lib. V. tit. 19.

2 Die einschlagenden reichsgesetzlichen Bestimmungen sind a) RPO. v. 1577. Tit. 17. §. 9. „Und nachdem die Widerkaufs-Gülten allenthalben in Landen gemein seyn, so sollen mit hundert Gülden Haupt-Gelds nicht mehr dann Fünff Gülden jährlicher Gülten, wie gebräuchlich, gekauft werden.“ b) RPO. Tit. 20. §. 6. „Damit aber die Juden ihre Leibsnahrung haben mögen, so soll ihnen nicht mehr dann Fünff vom hundert zum Wucher zu nehmen, erlaubt seyn.“ c) RDA. von 1600. §. 139. vgl. §. 206. Anm. 2. d) JRA. von 1654. §. 174. „Anreichend die künftige Zins und Interesse“ (nehmlich von den aus der Zeit des dreißigjährigen Krieges herrührenden Schulden) „sollen von nun an dieselbe, sie seyen aus wiederkäuflichen Zinsen oder vorgestreckten Anlehen herrührig und versprochen, ... weiter nicht als Fünff pro Cento alle und jede Jahre ... bezahlt ... werden.“ Vgl. Gerstlacher's Hdb. d. Reichsgesetze X. §. 83. 87. 91. 92. Emminghaus, Corp. iur. germ. S. 396. 399. 500...502. Fritz Erläutr. III. S. 45. fg.

3 Vgl §. 208. Anm. 2. §. 209. Anm. 1. Jedoch ist davon ausgenommen das foenus nauticum (§. 283.). Auch ist Berechnung eines höhern Interesse nicht ausgeschlossen (§. 206. Anm. 2.). Dagegen werden nun auch in den Fällen des §. 208. not. b. ohneweiters 5 Procent zugesprochen, wie der RDA. von

1600 bezüglich der Verzugszinsen von Geldbarlehn ausdrücklich vorschreibt: „der Vermuthung halben, daß der creditor sein Geld von solcher Zeit an anlegen und zugelassener Weise zum wenigsten vom hundert fünff wohl haben möge.“ Mit Unrecht bestreitet Puchta §. 229. not. bb. dieses Grundes wegen die Gesetzmäßigkeit der Praxis, welche hierin eine gesetzliche Fixirung der Verzugszinsen findet; denn der RDA. gibt ausdrücklich die Absicht kund: damit die Partheien in puncto liquidationis an unserm Kays. Cammer-Gericht des langweiligen Proceß enthoben seyn möchten, auch jetzt gemeldt Cammer-Gericht damit nicht überladen, ein gewisses loco interesse a tempore morae zu statuiren und zu setzen,“ und verordnet, von obiger Vermuthung ausgehend, daß „derentwegen den Creditorn fünff Güldben von hundert bezahlt werden“ u. s. w. Vgl. Gerstlacher a. a. O. §. 87. In andern Fällen wollen Manche der consequenteren Praxis zuwider noch die besondern römisch-rechtlichen Bestimmungen über das Zinsmaß festhalten. Seuffert §. 233.

§. 211.

d) Strafzahlung.

Aus Rechtsverletzungen kann die Verbindlichkeit hervorgehen, dem Verletzten noch außer dem einfachen Ersatze, d. i. zur Strafe, etwas zu leisten (§. 98.). Eine Strafe kann aber auch durch Verabredung festgesetzt werden (sog. Conventionalstrafe), indem sich Jemand durch Vertrag einem Nachtheil unterwirft für den Fall, daß eine andere Leistung nicht oder nicht gehörig erfolgen würde [a]. Es liegt darin ein bedingtes Versprechen, wobei es nur darauf ankommt, ob an sich ein Versprechen dieses Inhalts unter dieser bestimmten Bedingung zuläßig und gültig sey [b]. Zweck dieses Versprechens aber ist, jene andere Leistung zu sichern oder zu befördern [c]. Es ist möglich, aber nicht nothwendig, daß diese zugleich Gegenstand einer für sich bestehenden gültigen Obligatio sey [d]. Die Verabredung kann dabei auf reine Strafe gerichtet seyn, so daß ungeachtet derselben die Hauptverbindlichkeit in voller Wirkung bestehen bleibt [e]; sie kann aber auch blos den Zweck haben, im voraus das alsdann nicht erst näher nachzuweisende Interesse des Gläubigers, sey es wegen gänzlicher Nichterfüllung oder wegen mangelhafter Erfüllung, festzusetzen, so daß außer der Strafe nicht auch noch dieses Interesse gefordert werden kann [f]; sie kann insbesondere auch den Sinn haben, daß der Verpflichtete nach seinem

[a] §. 7. J. de V. O. 3. 15. [b] L. 61. 69. 123. 134. pr. D. de V. O. 45. 1. L. 13. §. 26. D. de act. emt. 19. 1. (vgl. §. 72.). [c] L. 71. D. de V. O. [d] cf. L. 38. §. 17. L. 115. D. de V. O. L. 16. D. de transact. 2. 15. [e] L. 115. §. 2. D. cit. L. 16. D. cit. [f] L. 28. 47. D. de act. emt. 19. 1. L. 23. pr. D. de recept. 4. 8. L. 12. §. 2. D. de pact. dot. 23. 4. L. 10. §. 1. D. de pact. 2. 14. L. 15. D. de transact. 2. 15.

Belieben durch Zahlung der Strafe sich der Hauptverbindlichkeit entledigen kann (sog. Wandelpoen, mulcta poenitentialis), in welchem Falle eigentlich eine alternative Obligatio vorliegt [g]. Zu bestimmen, was im einzelnen Fall anzunehmen sey, ist Sache der Willensauslegung (§. 75.); im Zweifel aber wird, wo nicht etwa die Geringfügigkeit der Strafe im Vergleich zum Interesse dagegen spricht, eher das zweite anzunehmen seyn [h].

Durch die Verabredung einer Strafe kann die Leistung, welche dadurch gesichert werden soll, gewissermaßen den Charakter einer untheilbaren erhalten, wenn sie auch an sich theilbar ist: insofern nämlich die Strafe verwirkt wird, wenn auch nur zu einem Theil jene Leistung nicht erfolgt [i].

Anm. Vgl. Savigny Obligationenrecht II. §. 80.

C. Subjecte der Obligatio.

§. 212.

1) Im Allgemeinen.

Bei jeder Obligatio kommen wesentlich zwei Personen vor, Gläubiger und Schuldner (§. 201.). Ist ein Schuldverhältniß von der Art, daß eben nur der eine etwas zu fordern, der andere dieses zu leisten hat, so heißt die Obligatio eine einseitige, sog. obligatio unilateralis. Es gibt aber Schuldverhältnisse, bei denen es wesentlich ist, daß der Erwerb der Forderung zugleich mit Uebernahme einer Verbindlichkeit verbunden ist, daß also beide Subjecte zugleich Gläubiger und Schuldner werden. Diese heißen gegenseitige Schuldverhältnisse, sog. obligationes bilaterales. Davon sind noch zu unterscheiden solche Schuldverhältnisse, bei welchen wesentlich und zunächst nur auf einer Seite eine Verpflichtung begründet ist, durch besondere Umstände aber auch eine Gegenforderung des wesentlich allein Verpflichteten entstehen kann, sog. obligationes bilaterales inaequales.

2) Mehrheit der Subjecte.

§. 213.

Wenngleich gewöhnlich die Forderung nur einem Gläubiger zusteht, die Verbindlichkeit nur einem Schuldner obliegt, so können

[g] L. 115. cit. in f. [h] L. 34. D. de R. J. (§. 75. not. k.). [i] L. 25. §. 13. D. fam. erc. 10. 2. L. 5. §. 3. 4. L. 85. §. 6. D. de V. O. 45. 1. cf. L. 2. §. 6. L. 3. §. 1. eod.

doch auch, kraft besonderer Bestimmung, bei einer und derselben Obligatio zugleich mehrere Personen als Gläubiger oder Schuldner dergestalt betheiligt seyn, daß jede von ihnen als selbständiges Subject der ganzen Obligatio den ganzen Gegenstand derselben zu fordern berechtigt, beziehungsweise zu leisten verpflichtet ist, das Ganze aber überhaupt nur einmal gefordert werden kann oder geleistet zu werden braucht. Eine solche Obligatio heißt Correal-Obligation, Gesammtschuldverhältniß [1], und zwar active Correal-Obligation, Gesammtforderung, wenn mehrere Personen als Gläubiger, passive Correal-Obligation oder Gesammtschuld, wenn mehrere als Schuldner Subjecte derselben Obligatio sind [a]; die mehreren Gläubiger heißen Correalgläubiger oder Gesammtgläubiger, correi credendi, die mehreren Schuldner Correalschuldner oder Gesammtschuldner, correi debendi [2]. Das Wesen eines solchen Schuldverhältnisses besteht also darin, daß die Obligatio ihrem Inhalte oder objectiven Bestande nach nur als Eine erscheint [b], gleichwohl aber mehrere Personen als Gläubiger oder Schuldner vollkommene Subjecte der ganzen Obligatio sind [3], und diese somit blos in subjectiver Beziehung gewissermaßen in mehrere Forderungsrechte oder Verbindlichkeiten sich spaltet [c]. Jeder einzelne Gesammtgläubiger kann für sich ganze Erfüllung fordern, jeder einzelne Gesammtschuldner hat sie zu leisten [d]; aber die Erfüllung an jenen oder durch diesen hebt die Obligatio für alle auf [e], und so wirkt auch, was sonst den Bestand der Obligatio aufhebt oder ändert, zugleich für alle betheiligten Subjecte [f]. Durch manche Ereignisse jedoch, welche zunächst die Person eines der Theilnehmer betreffen [4], wird, ohne Wirkung für die übrigen, nur die subjective Beziehung eines einzelnen Gläubigers oder Schuldners zu der gemeinsamen Obligatio gelöst und lediglich die Befreiung des gemeinsamen Schuldners in Beziehung zu einem der Gläubiger oder eines der Schuldner in Beziehung zu dem gemeinsamen Gläubiger herbeigeführt [g]. Unter

[a] Inst. de duobus reis stipulandi et promittendi. 3. 16. Dig. de duobus reis constituendis. 45. 2. Cod. de duobus reis stipulandi et promittendi. 8. 40. [b] pr. J. h. t. L. 2. 3. §. 1. L. 13. 15. 19. D. h. t. L. 16. D. de acceptilat. 46. 4. L. 9. pr. D. de pact. 2. 14. L. 62. pr. D. ad leg. Falc. 35. 2. L. 5. Cod. h. t. cf. L. 9. §. 1. D. h. t. L. 116. D. de V. O. 45. 1. [c] L. 13. D. h. t. cf. L. 9. §. 2. eod. L. 5. D. de fideiuss. 46. 1. [d] §. 1. J. h. t. L. 2. 3. §. 1. D. h. t. [e] L. 2. cit. [f] L. 13. §. 12. L. 16. D. de acceptilat. 46. 4. — L. 31. §. 1. D. de novat. 46. 2. — L. 28. pr. §. 3. L. 42. §. 1. 2. D. de iureiur. 12. 2. — L. 5. Cod. h. t. — L. 18. D. h. t. cf. L. 10. D. de const. pec. 13. 5. [g] L. 19. D. h. t. — L. 71. pr. D. de fideiuss. 46. 1. L. 3. §. 3. D. de lib. leg. 34. 3. cf. L. 48. pr. D. de minor. 4. 4.

den Gesammt-Gläubigern oder Schuldnern kann zugleich ein Gesellschaftsverhältniß (societas) bestehen [h]; aber dies ist weder wesentlich, noch versteht es sich von selbst; von dem besondern unter ihnen stattfindenden Rechtsverhältniß hängt es ab, ob, wer das Ganze empfangen, den Mitgläubigern den entsprechenden Antheil herausgeben müsse, oder wer das Ganze gezahlt hat, von den Mitschuldnern entsprechenden Ersatz verlangen könne [i]; jedoch kann sich der das Ganze Zahlende eine Ersatzforderung gegen die Mitschuldner, wenn ihm nicht besondre Gründe entgegenstehen, dadurch sichern, daß er sich zuvor die Klage des Gläubigers gegen dieselben abtreten läßt [k], und diese Abtretung kann nach Umständen [l] gegen den klagenden Gläubiger erzwungen oder auch statt dessen ohne seinen Willen eine utilis actio gegeben werden [5]. Uebrigens ist es wohl möglich, daß bei Begründung einer Correal-Obligation eine Verschiedenheit in Nebenbestimmungen für die verschiedenen Theilnehmer vorkomme [m], wie überhaupt die Gültigkeit der Forderung oder Verpflichtung des einen nicht davon abhängig ist, daß auch in Ansehung der übrigen die Obligatio gültig sey [n].

Anm. [1] Ribbentrop, zur Lehre von den Correalobligationen. Göttingen 1831. Unterholzner I. S. 173...186. Vang. III. §. 573., dazu jetzt Sav. a. a. O. §. 16...27, vgl. mit Bekker proc. Consumption S. 217. fg. und Brinz krit. Bl. Nr 4.; sodann Kuntze, die Obligation und Singularsuccession, S. 115...263. (gegen diesen aber Dworzak in d. krit. Ueberschau IV. S. 57...69.), und Helmolt, die Correalobligationen, Gießen 1857. (gegen diesen Zimmermann in d. Heidelb. krit. Ztschr. V. S. 146...165) — Hauptentstehungsgründe des Correalverhältnisses sind: a) Vertrag, bei den Römern insbesondere Stipulation (not. a.), und nach älterm Recht Litteralcontract, aber auch besondere Verabredung bei andern obligatorischen Verträgen, L. 9. pr. D. h. t. L. 13. §. 9. D. locati 19. 2. cf. L. 17. §. 2. D. ad Sc. Vell. 16. 1.; sodann b) Vermächtniß, vgl. *α*) L. 8. §. 1. D. de legat. I. L. 25. pr. D. de legat. III. L. 9. pr. D. h. t. „utputa si pluribus heredibus institutis testator dixit: *Titius et Maevius Sempronio decem dato* (wahrscheinlich zu lesen: *Titius aut Maevius,* obwohl die Lesart *et* vertheidigt wird von Huschke in Linde's Ztschr. n. F. IV. S. 412.); *β*) L. 16. 24. D. de legat. II. cf. L. 4. pr. §. 1. Cod. de V. S. 6. 38. (§. 491. a. E.); ob auch c) richterliches Urtheil? L. 1. Cod. si plures una sententia condemnati sunt. 7. 55. cf. L. 43. D. de re iud. 42. 1. Sav. S. 158. „Ein solches Urtheil kann vorkommen, wenn gerade das Daseyn eines passiven Correalverhältnisses bestritten

h L. 71. pr. cit. i L. 2. Cod. h. t. L. 62. pr. D. ad leg. Falcid. 35. 2. cf. L. 39. D. de fideiuss. 46. 1. L. 11. Cod. eod. 8. 41. k L. 47. D. locati. 19. 2. L. 39. cit. l cf. not. i. L. 65. D. de evict. 21. 2. m L. 7. D. h. t. cf. L. 116. D. de V. O. 45. 1. n L. 8. 12. D. h. t.

wird und nun der Gläubiger alle Schuldner zusammen verklagt, so daß das Urtheil eben die streitige Correalität feststellt." Mit Unrecht sagt Brinz a. a. O. S. 11., welcher die Möglichkeit der Entstehung einer Correalobligatio durch Urtheil überhaupt bestreitet, daß Savigny den Fall, wo Nichtcorrei irriger Weise als solche erkannt worden, nicht vor Augen habe. Ueberall wird übrigens vorausgesetzt, daß die erklärte Willensmeinung auf eine Correalobligatio gerichtet sey. L. 11. §. 1. D. h. t. L. 43. D. de re iud. 42. 1. Puchta §. 234. not. b. Im Deutschen dienen dazu namentlich die Ausdrücke: „sammt und sonders," oder: „alle für einen und einer für alle," auch das Wort „solidarisch." Sint. §. 89. not. 49. Brinz S. 39. „Bei unserer Gleichgültigkeit für unsere Termini ist jene Formel „Einer für Alle" zwar nicht zu der besagten terminologischen Bedeutung gelangt, gewiß aber befähigt, sie zu erlangen." Uebrigens vgl. noch überhaupt Sav. §. 18. mit Brinz S. 8...18. Kuntze S. 164. fg.

2 Das Wort *correus* findet sich in L. 3. §. 3. D. de lib. leg. 34. 3., *duo rei aut credendi aut debendi* in L. 34. pr. D. de recept. 4. 8.; häufig kommt vor: *duo (plures) rei* schlechtweg, oder mit Bezeichnung des besondern Rechtsgeschäfts, z. B. *duo rei locationis*, L. 13. §. 9. D. locati. 19. 2., und vorzüglich *duo rei stipulandi aut promittendi* (not. a.) Vgl. L. 1. D. h. t. Qui stipulatur, reus stipulandi dicitur; qui promittit, reus promittendi habetur. cf. Festus v. *reus*. Der Ausdruck *duo rei promittendi*, obwohl zunächst von der Stipulation hergenommen, wird als Kunstausdruck auch bei andern Entstehungsgründen der Correalität gebraucht in L. 9. pr. D. h. t. Sav. S. 154. not. 5.

3 Diese zuerst von Keller, Litiscontestation S. 443. fg. angedeutete und von Ribbentrop a. a. O. ausgeführte Auffassung der Correalobligatio als objectiv einer Obligatio mit mehrfacher subjectiver Beziehung ist zwar neuestens lebhaft angefochten von Rückert in Linde's Ztschr. n. F. XII. 1., sodann von Kuntze und Helmolt a. a. O. Aber vgl. dagegen Vang. §. 573. Anm. 1. a. E. Dworzak und Zimmermann a. a. O. Brinz Pand. I. S. 615. fg. Der letzte faßt die materielle Einheit der Correalobligation vom Gesichtspunkt der Vertretung auf, und allerdings liegt eine solche jener zum Grunde; denn entweder übernimmt der eine allein die Vertretung für den andern in einer Obligation, die materiell diesen allein angeht, oder beide übernehmen die Vertretung für einander in einer Obligatio, die materiell beide zum Theil angeht. Aber das Charakteristische in der Correalobligation ist, daß darin der andern Parthei gegenüber die Vertretung nicht hervortritt, sondern jeder eben für dasselbe Ganze als Selbst-Gläubiger oder Schuldner erscheint.

4 L. 19. D. h. t. Cum duo eandem pecuniam debent, si unus capitis diminutione exemtus est obligatione, alter non liberatur: multum enim interest, utrum res ipsa solvatur, an persona liberetur; quum persona liberatur, manente obligatione, alter durat obligatus. L. 71. pr. D. de fideiuss. 46. 1. „persona tantum exemta confusa obligatione." Darin findet Keller Litiscontestation S. 447. „die sehr einfache Regel, daß alle Schicksale, welche den objectiven Bestand der Obligation selbst betreffen, dem einen wie dem andern zu gute kommen, diejenigen aber, welche bloß auf die

Persönlichkeit Eines von ihnen wirken, die Substanz der Obligation aber nicht berühren, auch nicht über diese Person hinaus auf die andern Einfluß haben sollen." Aber vgl. Sav. I. S. 162. not. 9. „Als formellen Grundsatz kann man dieses auch wohl zugeben; nur ist damit die Schwierigkeit keineswegs beseitigt, indem wieder die Gränze dieser beiden Fälle neue Zweifel erregt;" und dazu Brinz S. 5. 29. fg., welcher zuerst in den Fällen der zweiten Art „etwas Regelrechtes" verkennend und die Exemtionen mit Unrecht als Ausnahmen auffassend, doch selbst wieder einen beachtenswerthen, obwohl nicht durchaus befriedigenden Versuch macht, die regelrechte Gränze zwischen beiden zu ziehen. Vgl. auch noch Bekker S. 227. fg., welcher die Frage dadurch zu lösen meint, daß er die Correalobligatio als materiell Eine (una obligatio) mit mehreren Klagen (plures obl. in diesem Sinn) bezeichnet, was schon deshalb ungenügend erscheint, weil unzweifelhaft auch eine Correalobligation für den einen oder andern bloß als naturalis obligatio wirksam seyn kann. Ueber die einzelnen Aufhebungsgründe vgl. übrigens noch die Zusammenstellung bei Vang. §. 573. Anm. 5. mit Kuntze S. 172. fg. Charakteristisch war insbesondre die prozessualische Consumtion der obligatio omnium durch die Litiscontestation mit einem Gläubiger oder Schuldner, die aber nach neuerem Rechte sehr eingeschränkt ist (§. 113. 271.).

[5] Ueber den Regreß bei Correalobligationen vgl. vorzüglich Sav. §. 23...25., welcher den Correalschuldnern regelmäßig ein Recht auf Abtretung der Klage oder utilis actio gegen die Mitschuldner beilegt, und dagegen Vang. §. 573. Anm. 3.

§. 214.

Die Correal-Obligation enthält eine Berechtigung oder Verpflichtung Mehrerer zu demselben Ganzen (in solidum), das nur einmal zu leisten ist; sie ist eine solidarische Obligatio Mehrerer. Dadurch unterscheidet sie sich augenfällig sowohl von getheilten Forderungen oder Verbindlichkeiten, wobei jede von mehreren Personen einen Gegenstand nur theilweise zu fordern oder zu leisten hat [a], als auch von dem Falle, wenn ein Ganzes mehrmals, nämlich einer jeden von mehreren Personen oder von jeder derselben, geleistet werden muß [b]. Es gibt aber andere Verhältnisse, welche mit den Correalobligationen dieses gemein haben, daß verschiedene Personen vollkommen dieselbe Leistung, die doch der Gläubiger nur einmal fordern kann, zu gewähren schuldig sind, wo also ebenfalls eine solidarische Verpflichtung Mehrerer (obligatio plurium in solidum), gleichwohl aber nicht blos Eine Obligatio vorliegt. Solche Verhältnisse entstehen aus Rechtsverletzungen, deren Mehrere

[a] L. 11. §. 1. 2. D. h. t. L. 85. pr. §. 1. D. de V. O. 45. 1. L. 31. §. 10. D. de aed. ed. 21. 1. L. 43. D. de re iud. 42. 1. L. 1. 2. Cod. si plur. una sent. 7. 55. (§. 204.). [b] L. un. §. 11. Cod. de cad. toll. 6. 51. L. 1. §. 9. L. 18. §. 2. D. de iniur. 47. 10. — L. 11. §. 2. D. ad leg. Aquil. 9. 2. L. 55. §. 1. D. de adm. 26. 7.

zusammen sich schuldig machen und wodurch diese zur Leistung desselben Schadensersatzes verbindlich werden [c], und können so denn auch aus Rechtsgeschäften, durch welche Mehrere bezüglich desselben Gegenstandes verpflichtet werden, in Folge obligationswidrigen Thuns oder Unterlassens hervorgehen [d]. Hier sind aber Mehrere für sich bestehende Obligationen vorhanden, die nur durch die Identität ihres Gegenstandes in der Beziehung zu einander stehen, daß sie alle zugleich durch einmalige Befriedigung des Gläubigers, also namentlich durch Erfüllung der einen zugleich auch die andern aufgehoben werden, weil diese nun keinen Gegenstand mehr haben. Wer denn allein das Ganze geleistet, kann auch in Fällen dieser Art von den übrigen dadurch zugleich befreiten Schuldnern derselben Leistung verhältnißmäßigen Ersatz erlangen, sey es mittels abgetretener Klage des Gläubigers oder auch ohne dieses durch utilis actio; nur wer durch seinen Dolus mit andern verbindlich geworden ist, kann darauf keinen Anspruch machen [e].

Anm. Der Unterschied der eigentlich correalen von andern blos solidarischen Obligationen, die man sonst wohl als gesetzliche Correal-Obligationen zu bezeichnen pflegte, ist erst durch Ribbentrop's Abhandlung (§. 213. Anm. 1.) bestimmt hervorgehoben und entwickelt worden. Vgl. jetzt darüber auch Sav. I. §. 20. („Correalschuld. Unächte Fälle") mit Brinz a. a. O. S. 42. fg.; über den Regreß in diesen Fällen insbesondre Sav. §. 24. Des letzteren Darstellung „hat das große Verdienst, die gemeinsame praktische Bedeutung der blos solidarischen und der Correalobligationen: Erleichterung und Sicherung der Rechtsverfolgung, deren überwiegende Bedeutung man über Ribbentrop's Unterscheidung der ächten und unächten Correalschuld zu übersehen anfing, wieder in den Vordergrund zu stellen." Rudorff zu Puchta §. 233. not. a. Dagegen ist die Unterscheidung beider im Begriff wieder bestritten von Rückert, Helmolt und Kuntze a. a. O. Der letzte sieht in den Fällen dieses §. nur eine durch besondre Rücksichten motivirte Unvollkommenheit der Solidarität bei gleichem „Vermögensstoff" der verschiedenen Obligationen, erkennt aber eben dadurch an, daß das R. R. in den eigentlichen Correalobligationen in vollkommenerem Grade eine Identität der Obligationen desselben Vermögensstoffs anerkannt habe; die beiden ersten aber wollen das Eigenthümliche der Correalobligationen nur als besondere positivrechtliche Zuthat angesehen haben, obwohl hier von legislativen Einwirkungen bis auf Justinian

[c] L. 55. §. 1. D. de adm. 26. 7. L. 7. §. 4. D. quod falso tut. 27. 6. L. 14. §. 15. D. quod met. 4. 2. L. 17. pr. D. de dolo. 4. 3. L. 3. 4. D. de his qui effud. 9. 3. L. 1. Cod. de cond. furt. 4. 8. cf. L. 1. §. 10. L. 2. 3. D. de his qui effud. 9. 3. [d] L. 38. D. de adm. 26. 7. L. 60. §. 2. D. mand. 17. 1. L. 1. §. 43. D. depos. 16. 3. L. 5. §. 13 L. 6. 7. D. commod. 13. 6. u. a., cf. L. 116. D. de V. O. 45. 1. [e] L. 30. D. de neg. gest. 3. 5. L. 1. §. 13. 14. D. de tut. et rat. distrah. 27. 3. L. 2. Cod. de contr. iud. tut. 5. 58. L. 4. D. de his qui effud. 9. 3. cf. §. 213. not. i. k.

überall keine Spur zu finden, sondern jenes Eigenthümliche nur durch die Jurisprudenz aus der Natur der Verhältnisse abgeleitet ist. Uebrigens ist zuzugeben, daß die Unterscheidung für das heutige Recht füglich entbehrt werden könnte, wie sie schon im Justinianischen Recht an Wichtigkeit sehr verloren hatte. Ueber die Gestaltung dieser Lehre in neuern Gesetzgebungen siehe Sav. §. 27. und die Motive zum Entw. e. bürg. Gstzb. für das Großherzogthum Hessen Abth. IV. S. 8. fg. „Ist dieser vernünftige Zweck (Sicherstellung des Gläubigers und Erleichterung seiner Rechtsverfolgung) den oben gedachten Arten der obligatio in solidum gemeinsam, so bedarf es auch nicht divergirender Mittel zur Erreichung desselben, und daraus entspringt für die Legislation die Aufgabe, sämmtliche Solidarverbindlichkeiten — nachdem schon das neuere R. R. die obl. correales und in solidum i. e. S. einander näher gebracht hat — vollends nach gleichen Grundsätzen zu behandeln, wie solches auch von neuern fremden und deutschen Legislationen geschehen ist." Vgl. Entw. für Sachsen §. 592. 798. und die Mot. dazu S. 128. Vgl. jetzt noch Windscheid in d. krit. Ueberschau VI. 11.

§. 215.

Sowohl bei correalen als bei andern solidarischen Obligationen mag der Gläubiger von dem einzelnen Schuldner, obwohl jedem gegenüber zum Ganzen berechtigt, doch blos den entsprechenden Theil der Schuld annehmen oder verlangen [a], ohne jedoch dadurch allein schon seines Rechts, denselben auch wegen des Restes noch in Anspruch zu nehmen, verlustig zu werden [b]. Er kann aber meistentheils auch wider Willen zur Theilung seines Anspruchs genöthigt werden durch eine Einrede des belangten Schuldners, welche dahin geht, daß er gleichmäßig auch die übrigen Schuldner, soweit sie zahlungsfähig sind, in Anspruch nehme. Dieses beneficium divisionis ist zuerst mehreren Bürgen für dieselbe Schuld eingeräumt [c], sodann auch für andere Fälle solidarischer Haftung mehrerer Personen anerkannt [d], und zuletzt namentlich auch auf den Fall einer durch ausdrückliche Verabredung begründeten solidarischen Verpflichtung ausgedehnt werden [e]. Die Wirkung davon ist die, daß die ganze Schuld auf alle zahlungsfähigen und mit Erfolg zu belangenden Mitschuldner vertheilt, und der einzelne Beklagte nur für seinen Antheil verurtheilt, oder, wenn er diesen bereits gezahlt hat, freigesprochen wird, auch wegen des Restes nicht mehr haftet, wenn der Gläubiger den übrigen zur Zeit zahlungsfähigen

[a] L. 3. §. 1. L. 11. pr. D. h. t. [b] L. 8. §. 1. D. de legat. I. L. 16. Cod. de fideiuss. 8. 41. cf. L. 51. §. 4. D. eod. 46. 1. [c] §. 4. J. de fideiuss. 3. 20. L. 26. D. eod. 46. 1. cf. Gai. III. 21. L. 3. Cod. de pec. const. 4. 18. [d] L. 1. §. 11. 12. 14. D. de tut. act. 27. 3. cf. L 7. D. de mag. conv. 27. 8. L. 7. D. de fideiuss. tut. 27. 7. L. 3. Cod. de mag. conv. 5. 75. — L. 47. D. locati. 19. 2. [e] Nov. 99.

Mitschuldnern noch weitere Nachsicht vergönnt hat. Diese Rechtswohlthat findet jedoch nicht statt, wenn die solidarische Verpflichtung durch Vergehen begründet ist oder auf letztwilliger Verfügung beruht, und fällt weg, wenn darauf verzichtet worden ist.

Anm. Die nov. 99. (not. e.) hat zu den abweichendsten Meinungen Anlaß gegeben. Vgl. darüber Vang. III. §. 573. Anm. 4. Die im Text angenommene hat die Autorität der meisten Rechtsgelehrten und eine sehr constante Praxis für sich, ist mit dem Inhalt der Novelle wohl vereinbar, und entspricht dem allmähligen Entwicklungsgange des R. Rts in dieser Lehre. Puchta §. 235. not. o. Sint. §. 89. not. 35. 36. „Daher," sagt Puchta Vorles. II. S. 37., sachlich richtig, obwohl in ungebührlich absprechendem Tone, „ist kein Grund vorhanden, von der gemeinen Meinung abzugehen, die auch hier richtiger den Geist des Gesetzes getroffen hat, als die ängstlichen geistlosen Wortheldeu", aber dazu S. 36. „Doch muß man auch hier noch diejenigen Correalschuldner, welche dies durch Testament geworden sind, ausnehmen; in diesem Falle wäre die Exceptio gegen den Willen des Erblassers, welchem sich die Verpflichteten nicht widersetzen dürfen;" wogegen selbst die Zulässigkeit einer analogen Anwendung der Nov. auch auf diesen Fall behauptet wird von Rückert de exceptione quam vocant divisionis, Göttingen 1852. vgl. Linde's Ztschr. n. F. XII. S. 55.). Indessen vertheidigt auch Savigny §. 26. wieder eine andre Auslegung, wornach die Novelle nur auf solche Correalschuldner, die sich zugleich noch wechselseitig verbürgt haben, zu beziehen wäre (arg. Juliani epit. nov. 92. cap. 348.), wornach denn freilich das Gesetz „ganz und gar nicht von praktischer Wichtigkeit ist, da das verwickelte Rechtsgeschäft, welches das Gesetz voraussetzt, nur sehr selten vorkommen wird." Sav. S. 286. Dagegen zeigt Brinz a. a. O. S. 35. fg., daß solche Verbindung von Correalität und Bürgschaft überhaupt wohl nie vorgekommen, und namentlich auch nicht, wie Sav. voraussetzt, in L. 11. pr. D. h. t. (Pap. lib. 11. respons. Reos promittendi vice mutua fideiussores non inutiliter accipi convenit; reus itaque stipulandi actionem suam dividere si velit — neque enim dividere cogendus est — potest eundem ut principalem reum, item qui fideiussor pro altero extitit, in partes convenire, non secus ac si duos promittendi reos divisis actionibus conveniret) anerkannt sey, indem die rei promittendi zu Anfang der Stelle nicht identisch seyen mit den duo promittendi rei am Ende derselben: cf. §. 1. 2. ibid. Damit stimmen auch überein Vang. 6. Aufl. III. S. 92. Dedekind im civ. Arch. XII. S. 270. fg., der letzte mit folgender Emendation der L. 11. cit. Reos ... convenit. Poterit itaque reus stipulandi ... cogendus est — non secus ac si duos, promittendi reos divisis actionibus conveniret; sed et poterit eundem ... in partes convenire. Aber während Brinz. Pand. I. S. 621. die gemeine Meinung adoptirt und noch durch Bezugnahme auf byzantinischen Sprachgebrauch zu stützen sucht, findet Vangerow in der nov. 99. nur die Bestimmung, daß Correalschuldner dann und nur dann, wenn sie gleichmäßig an den Vortheilen der Schuld theilgenommen, gemeinsam belangt werden sollen, so fern sie anwesend und zahlungsfähig sind, und Dedekind bezieht diese Bestimmung nur auf den Fall, wenn Mitschuldner, die nicht Correalschuldner sind, sich für

einander wechselseitig in solidum verbürgt haben. Jedoch verzichtet der letzte darauf, die gemeine Meinung in ihrer praktischen Geltung zu alteriren, gibt vielmehr zu und weiset nach (S. 265. 367.) „daß, wenn irgend eine Controverse des gemeinen Rechts durch Gerichtsgebrauch ihre Erledigung gefunden, die über den Sinn der Novelle 99 ihre Endschaft erreicht hat." Es ist zu wünschen, daß es dabei sein Bewenden behalte; aber schon zeigt sich in den Entscheidungsgründen eines oberstrichterlichen Erkenntnisses eine Anerkennung der auch von Helmolt S. 123. gebilligten Erklärung Dedekinds. Vgl. Seuffert's Arch. XII. 13. Die gemeine Meinung ist jetzt aufs Neue ausführlich begründet von Wieding, Novella Justiniani XCIX. Berolini 1857.

§. 216.

Eine besondere Art von solidarischen Obligationen kann sich von selbst aus der Untheilbarkeit eines Gegenstandes ergeben, welchen Mehrere aus gemeinschaftlichem Rechtsgrunde, z. B. als Erben des ursprünglichen Gläubigers oder Schuldners, zu fordern berechtigt oder zu leisten verpflichtet sind (§. 204). Hier wird ebenfalls jedem Gläubiger, beziehungsweise gegen jeden Schuldner, die Forderung auf das Ganze (in solidum) gegeben [a]. Allein klagt der einzelne Mitgläubiger und es kommt die Leistung des Interesse in Frage, so wird der Beklagte dem Kläger doch nur für dessen Antheil daran verurtheilt [b], und wenn die ursprüngliche untheilbare Leistung selbst erfüllt werden soll, so muß allen Gläubigern zusammen geleistet oder der Schuldner gegen die Ansprüche der übrigen sicher gestellt werden [c], sofern nicht von selbst die Leistung an den einen zugleich die übrigen befriedigt [d]. Eben so ist auch nach dem Geiste des heutigen Rechts, ungeachtet der zum Theil abweichenden Bestimmungen des römischen Rechts [e], der einzelne Mitschuldner, welchen der Gläubiger wegen der an sich untheilbaren Leistung in Anspruch nimmt, wofern kein anderer Grund solidarischer Haftung vorliegt, zur Leistung des Interesse nur für seinen Antheil zu verurtheilen, und wenn eine vollziehbare Verurtheilung zu der ursprünglichen untheilbaren Leistung selbst stattfinden soll, so muß man jetzt jedem Schuldner das Recht einräumen, zu verlangen, daß sie gegen alle Mitverpflichteten gemeinschaftlich gerichtet werde.

[a] L. 17. D. de servitut. 8. 1. L. 192. pr. D. de R. J. [b] L. 25. §. 9. D. fam. ercisc. 10. 2. L. 2. §. 6. L. 3. §. 1. L. 54. §. 1. D. de V. O 45. 1. cf. L. 11. §. 4. D. de aqua pluv. 39. 3. [c] L. 2. §. 2. L. 54. §. 1. D. de V. O. L. 1. §. 36. L. 14. pr. D. depos. 16. 3. cf. L. 81. §. 1. D. de solut. 46. 3. [d] L. 11. §. 1. D. de aqua pluv. 39. 3. [e] L. 25. §. 10. D. fam. erc. 10. 2. L. 2. §. 2. 5. L. 72. pr. D. de V. O. 45. 1. cf. L. 49. §. 4. D. de legat. II. L. 11. §. 23. D. de legat. III. L. 6. §. 1. L. 11. §. 3. D. de aqua pluv. 39. 3.

Anm. Ueber das römische Recht vgl. vorzüglich: a) L. 25. §. 9. D. fam. erc. 10. 2. An ea stipulatio, qua singuli heredes in solidum habent actionem, veniat in hoc iudicium, dubitatur; veluti si is, qui viam, iter, actum stipulatus erat, decesserit; quia talis stipulatio per legem XII. tabb. non dividitur, quia nec potest. Sed verius est, non venire eam in iudicium, sed omnibus in solidum competere actionem, et si non praestetur via, pro parte hereditaria condemnationem fieri oportet. b) §. 10. 11. ibid. Contra si promissor viae decesserit pluribus heredibus institutis, nec dividitur obligatio, nec dubium est, quin duret, quoniam viam promittere et is potest, qui fundum non habet: igitur quia singuli in solidum tenentur, officio iudicis cautiones interponi debere, ut si quis ex his conventus litis aestimationem praestiterit, id pro parte a ceteris consequatur. — Idem dicendum est et si testator viam legaverit. — L. 2. §. 2. D. de V. O. . . . Et ideo, si divisionem res promissa non recipit, veluti via, heredes promissoris singuli in solidum tenentur. Sed quo casu unus ex heredibus solidum praestiterit, repetitionem habet a coherede familiae erciscundae iudicio. c) L. 72. pr. D. eod. Stipulationes non dividuntur earum rerum, quae divisionem non recipiunt, veluti viae, itineris, actus, aquaeductus ceterarumque servitutum. Idem puto, et si quis faciendum aliquid stipulatus sit, utputa fundum tradi vel fossam fodiri vel insulam fabricari vel operas vel quid his simile; horum enim divisio corrumpit stipulationem. Celsus tamen . . . refert, Tuberonem existimasse, ubi quid fieri stipulemur, si non fuerit factum, pecuniam dari oportere, ideoque etiam in hoc genere dividi stipulationem: secundum quem Celsus ait posse dici, iusta aestimatione facti (zu bessern: *iuxta aestimationem facti?* oder mit Huschke: *iusta aestimatione facta?*) dandam esse petitionem. — Die Verschiedenheit zwischen b) und c) (nach der freilich nur problematisch angeführten, aber doch wohl stillschweigend gebilligten Ansicht des Celsus) erklärt Ribbentrop S. 233. lediglich aus der Fassung der Formula, Vang. III. §. 567. Anm. 2. aber daraus, daß bei der Obligatio auf ein dare der Schuldner stets das Object selbst schulde, bei den stipulationes in faciendo dagegen nach der Ansicht der Römer die Schuld selbst auf den Geldwerth des nicht geleisteten Factums gehe, dieses also nicht sowohl in obligatione als vielmehr eigentlich nur in solutione sey. Allein das letzte wird durch L. 68. 112. §. 1. D. de V. O. nicht bewiesen; dagegen spricht der Ausdruck: *in solidum singuli tenentur* z. B. in L. 85. §. 2. D. de V. O. L. 11. §. 23. D. de legat. III. L. 80. §. 1. D. ad leg. Falcid. 35. 2. und schon die übliche Formel der Intention: *dare facere oportet.* Vgl. auch §. 201. 202. In dem einen wie im andern Falle tritt die Geldschätzung erst an die Stelle des eigentlichen Gegenstandes der Obligatio, wenn dieser nicht geleistet wird, und die Condemnatio ging nach altem R. R. in allen Fällen auf Geldwerth, der an sich immer theilbar wäre. Die strengere Wirkung im Falle b) ist daher nur aus der strengeren Fassung der Klage mit der Intentio: *dari sc. servitutem oportere* zu erklären, und kann eben deswegen im heutigen Recht (nach §. 100.) nicht mehr anerkannt

werden, sowie in einem bonae fidei iudicium, nach der Intentio: *quidquid dare facere oportet ex fide bona*, gewiß schon nach R. R. dieselbe nicht stattfand. Wenn ganz im Gegentheil Vang. a. a. O. deshalb, weil heutzutage die Verurtheilung auf das faciendum selbst zulässig ist, annimmt, daß nun auch bei obligationes in faciendo der einzelne Schuldner, eben so wie bei der Obligatio auf Bestellung einer untheilbaren Servitut, in solidum verurtheilt werden müsse, also z. B. einer von 6 Erben eines Bauunternehmers allein zur Vollendung des übernommenen Baues angehalten werden könne, so scheint mir dieses eine dem Geiste des heutigen Rechts gänzlich widerstrebende Consequenz. vgl. auch Ribbentrop S. 183. fg. Sint. §. 84. not. 27. In der 6. Aufl. III. S. 11. erklärt auch Vang. selbst, daß wir, da jene Veränderung in Betreff der faciendi obl. schon dem neuesten R. R. angehört und dennoch L. 72. cit. in die Pandekten aufgenommen ist, schwerlich berechtigt seyen, jene Consequenz zu ziehen, „und zwar um so weniger, da dieselbe unverkennbar eine große Härte mit sich führen würde." — Der hier angenommenen Ansicht ist freilich jetzt wieder eine hohe Autorität entgegengetreten. Savigny I. §. 34. behauptet, daß sowohl nach heutigem wie nach R. R. das Verhältniß mehrerer Schuldner bei einer jeden untheilbaren Obligatio „als eine wahre eigentliche Correalobligatio im strengsten Sinne des Worts" zu betrachten und jeder einzelne Schuldner wie nach b) bei der Obligatio auf Bestellung einer Grunddienstbarkeit schlechthin in solidum zu verurtheilen sei; in dem letzten Satze der L. 72. pr. cit. findet er nur die historische Anführung einer litterarischen Curiosität, und nennt die Meinung des Tubero „eine fast verschollene Merkwürdigkeit aus sehr alter Zeit." Aber vgl. dagegen die treffenden Gegenbemerkungen von Brinz a. a. O. S. 45. fg., dem auch Vangerow in der 6. Aufl. III. S. 11. beitritt.

§. 217.

D. Klagbarkeit der Obligatio.

Zu einer vollgültigen Obligatio gehört es, daß sie klagbar sey, d. h. daß der Schuldner durch Klage (in personam actio, §. 97.) zur Leistung angehalten werden könne [a]. Daher wird nicht nur obligatio und actio oft nebeneinandergestellt [b], sondern auch das Daseyn eines rechten Schuldverhältnisses an die Möglichkeit einer wirksamen Klage geknüpft [c], und unter obligatio vorzugsweise und regelmäßig ein klagbares Schuldverhältniß verstanden [d]. Bei einem gegenseitigen Schuldverhältniß (§. 212.) findet sich dieses Klagrecht gleichmäßig auf beiden Seiten, entsprechend den gegenseitigen Forderungen, welche für beide Theile gleich wesentlich aus

[a] L. 108. D. de V. S. [b] Dig. de oblig. et actionibus. 44. 7. Cod. 4. 10. [c] L. 10. D. de V. S. L. 42. §. 1. D. h. t. cf. L. 16. §. 4. D. de fideiuss. 46. 1. L. 137. §. 4. D. de V. O. 45. 1. [d] pr. §. 1. J. de obl. 3. 13. L. 7. §. 4. D. de pact. 2. 14.

einem solchen Verhältniß hervorgehen, während aus sogenannten ungleich=zweiseitigen Schuldverhältnissen zunächst nur für den einen Theil, wie eine Forderung, so eine Klage (directa actio) hervorgeht, für den andern Theil aber durch Entstehung einer Gegenforderung auch eine Gegenklage (contrario actio, §. 99.) sich ergeben kann.

Wie die Klagen, so werden auch die Obligationen eingetheilt in civiles und honorariae [e], je nachdem zu deren Geltendmachung civilis oder honoraria actio gegeben ist[1]. Die Römer unterscheiden dabei noch, ob die Obligatio blos kraft eigenthümlicher Bestimmungen ihres besondern positiven Rechts bestehe (civilis obl. im e. S.), oder nach allgemeinen Rechtsansichten (ius gentium), als in der naturalis aequitas begründet, d. i. als naturalis obligatio anerkannt sey [f]. Aber nicht in allen Fällen, in welchen nach diesem Gesichtspunkte eine Rechtsverbindlichkeit angenommen ward, ist auch im römischen Recht eine vollgültige Obligatio anerkannt; ihrer Wirksamkeit stehen in manchen Fällen Gründe des positiven Rechts entgegen, wegen welcher ihr zwar nicht alle Wirkung benommen, die Klagbarkeit aber versagt ist. In diesen Fällen ist nun eine naturalis obligatio im vorzüglichen Sinne vorhanden, ein bloßes vinculum aequitatis [g], obligatio tantum naturalis [h], eine klaglose, also unvollkommene, aber nicht völlig unwirksame Obligatio[2], welche den Gegensatz der vollkommenen oder klagbaren (civiles obligationes im w. S.) bildet [i]. Die praktische Bedeutung solcher naturales obligationes liegt 1) darin, daß die Erfüllung derselben eben als Erfüllung einer Rechtsverbindlichkeit, nicht etwa als Schenkung angesehen, daher auch Rückforderung des Gezahlten wegen angeblich irrthümlicher Voraussetzung einer Schuldverbindlichkeit ausgeschlossen wird [k]; 2) in der Möglichkeit ihrer Geltendmachung, wo es dazu der Klage nicht bedarf, namentlich durch Compensation [l]; 3) darin, daß sie den Grund zu einem andern Rechtsverhältniß abgeben können, welches zu seiner Entstehung

[e] §. 1. J. l. c. L. 5. pr. D. de pign. 20. 1. L. 1. §. 1. D. de novat. 46. 2. L. 1. §. 24. D. de exercit. act. 14. 1. L. 8. §. 4. D. de acceptilat. 46. 4. cf. L. 40. pr. D. ad Sc. Treb. 36. 1. [f] §. 1. J. l. c. L. 5. D. de iust. et iure. 1. 1. L. 84. §. 1. D. de R. J. [g] L. 95. §. 4. D. de solut. 46. 3. cf. pr. J. l. c. L. 10. D. h. t. 44. 7. [h] L. 5. pr. cit. cf. L. 101. §. 1. D. de solut. 46. 3. L. 40. pr. cit. [i] L. 10. in f. D. de V. S. L. 16. §. 3. 4. D. de fideiuss. 46. 1. — L. 5. §. 2. D. de solut. 46. 3. — L. 13. pr. L. 64. D. de cond. indeb. 12. 6. L. 41. D. de pecul. 15. 1. [k] L. 16 §. 4. L. 64. cit. [l] L. 6. D. de compens. 16. 2.

zwar eine Obligatio, aber nicht gerade eine klagbare Obligatio voraussetzt[m].

Mit solchen, wenn auch nicht in jedem Falle mit allen diesen Wirkungen kann eine Verbindlichkeit stattfinden, sowohl wo eine klagbare Obligatio nach Civilrecht schlechthin nicht oder nicht mehr vorhanden ist[n] (iure civili oder ipso iure nulla obligatio), als auch wo die mit der Obligatio an sich verbundene Klage durch eine entgegenstehende Exceptio, sey diese nun von Anfang an oder erst durch einen später eingetretenen Umstand begründet, entkräftet wird[o]. Allein eine Obligatio kann vermöge einer der Klage entgegenstehenden perpetua exceptio auch völlig kraftlos seyn, so daß sie selbst der Wirksamkeit einer naturalis obligatio entbehrt. Dies ist regelmäßig dann der Fall, wenn die Exceptio selbst nur die naturalis aequitas gegen das strenge Recht aufrecht erhalten soll, indem sie eben geltend macht, daß jener gemäß keine Verbindlichkeit vorhanden sey[p]; aber auch dann[3], wenn die Exceptio zwar auf besonderer positiver Rechtsvorschrift beruht, diese aber die Forderung völlig zu vereiteln, den Schuldner seiner Verpflichtung gänzlich zu entbinden bezweckt[q]. In solchen Fällen ist denn in Wahrheit gar keine Schuldverbindlichkeit vorhanden[r]; die Obligatio ist inefficax oder inanis[s], quasi nulla[t]; sie kann nur dadurch wieder Wirksamkeit erlangen, daß das auxilium exceptionis, welches dieser entgegensteht, aus irgend einem Grunde wegfällt[u].

Anm. [1] Savigny I. S. 37. behauptet zwar, daß die Unterscheidung zwischen actiones civiles und honorariae nur nachläßiger Weise in einigen Stellen auf die Obligationen übertragen worden sey, nach richtigem Sprachgebrauch aber jede klagbare Obligatio civilis obligatio genannt und überall nur von civilis obl. mit actio civilis oder honoraria gesprochen werden sollte. Aber vgl. dagegen Scheurl in d. Heidelb. krit. Ztschrft. I. S. 504. Praktisch kommt auf diese Unterscheidung freilich nichts an. — Das römische Recht macht übrigens noch mehrere andere Unterscheidungen rücksichtlich der Klagen aus Obligationen; insbe-

[m] L. 16. §. 3. cit. L. 5. pr. cit. L. 1. §. 7. D. de const. pec. 13. 5. L. 1. §. 1. D. de novat. 46. 2. [n] L. 14. D. h. t. 44. 7. L. 38. D. de cond. indeb. 12. 6. — cf. L. 2. §. 2. D. de cap. min. 4. 5. L. 30. §. 1. D. ad leg. Aquil. 9. 2. vgl. mit Gai. IV. 104. [o] L. 9. §. 4. D. ad Sc. Maced. 14. 6. L. 19. pr. D. de cond. indeb. 12. 6. — L. 8. 9. D. eod. — cf. L. 3. §. 7. D. quod quisque iur. 2. 2. [p] L. 66. D. de R. J., z. B. Dig. de doli mali et met. exc. 44. 4. [q] L. 2. D. ad Sc. Vell. 16. 1. L. 40. pr. D. de cond. indeb. cf. L. 9. §. 4. cit. in f. [r] L. 3. §. 1. D. de const. pec. 13. 5. L. 26. §. 3. D. de cond. indeb. 12. 6. cf. L. 55. 112. D. de R. J. [s] L. 8. §. 9. D. ad Sc. Vell. L. 13. D. de iure dot. 23. 3. [t] L. 25. D. de V. O. 45. 1. [u] L. 95. §. 2. D. de solut. 46. 3. — L. 27. §. 2. L. 32. D. de pact. 2. 14. L. 13. D. de lib. leg. 34. 3.

sondere tritt gerade hier der Unterschied zwischen stricti iuris und bonae fidei actiones bedeutend hervor, wornach man auch obligationes stricti iuris und bonae fidei unterscheiden kann; aber dieser Unterschied, so wichtig er ist für richtige Erkenntniß des römischen Rechts, hat, wie andere, eine unmittelbar praktische Bedeutung heutzutage nicht mehr. Vgl. §. 100. Puchta §. 236.

[2] Ueber das Wesen der naturalis obligatio vgl. L. 84. §. 1. D. de R. J.: Is natura debet, quem iure gentium dare oportet, cuius fidem secuti sumus. L. 16. §. 3. 4. cit. (not. i.). Fideiussor accipi potest, quotiens est aliqua obligatio civilis vel naturalis, cui applicetur. §. 4. Naturales obligationes non eo solo aestimantur, si actio aliqua earum nomine competit, verum etiam cum soluta pecunia repeti non potest. Nam licet minus proprie debere dicantur naturales debitores, per abusionem intelligi possunt debitores, et qui ab his pecuniam recipiunt, debitum sibi recepisse. L. 7. D. eod. Quod enim solutum repeti non potest, conveniens est, huius naturalis obligationis fideiussorem accipi posse. L. 64. cit. Si quod dominus servo debuit, manumisso solvit, ... repetere non poterit, quia naturale agnovit debitum. — Die Rückforderung des Gezahlten ist aus sittlichen Rücksichten auch in Fällen ausgeschlossen, in denen gar nicht von einer rechtlichen Verbindlichkeit, sondern nur von sittlicher Pflicht oder Anständigkeit die Rede sein kann. L. 32. §. 2. L. 26. §. 12. D. de cond. ind. 12. 6. L. 11. Cod. de neg. gest. 2. 19. Hier kann nur in uneigentlichem Sinne von naturalis obl. gesprochen werden. Vgl. L. 25. §. 11. D. de her. pet. 5. 3. Doch sehen Manche gerade in dieser soluti retentio das charakteristische Merkmal der nat. obl., und suchen davon ausgehend den Begriff und die Theorie derselben zu construiren; so neuerdings und am scharfsinnigsten Christiansen, zur Lehre von der nat. obl. und condictio indebiti. Kiel 1844. Vgl. dagegen Puchta §. 236. Büchel Erörter. II. S. 57 ... 119. und Erxleben, die condictiones sine causa. Leipzig 1850., I. S. 118 ... 152. Ein älteres namhaftes Werk, auf dem Boden der damals gangbaren naturrechtlichen Ansichten stehend, ist A. D. Weber's syst. Entw. der L. v. d. natürlichen Verbindlichkeit und deren gerichtlicher Wirkung, Schwerin 1784. 5. Aufl. 1811. Jetzt aber vgl. vorzüglich Savigny Obl. I. §. 5 ... 14. mit Brinz krit. Bl. Nr. 3. und Scheurl a. a. O. I. S. 501. fg., auch Holtius' Abh. civilistischen und handelsrechtlichen Inhalts, übersetzt von Sutrio, Utrecht 1851., Nr. 1. Richtig bemerkt Scheurl S. 516. „Eine naturalis obligatio ist da anzunehmen, wo es unbillig wäre, deshalb, weil der Gläubiger eine Klage gegen den Schuldner nicht gehabt oder verloren hat, die Gewährung oder Unterlassung als völlig der Willkür des Schuldners anheimgegeben zu denken;" und dazu S. 502. „vor Allem zu bemerken, daß die Frage, ob ein Rechtsinstitut aus der naturalis ratio abzuleiten sey, ... von uns ... nur als eine historische behandelt werden kann." Dagegen sucht Brinz a. a. O. auszuführen, daß die naturales obl. ihrem Entstehungsgrunde nach keine andern seyen, als die civiles, ihre Nichtklagbarkeit in anderm Grunde beruhe, der Grund aber, „warum sie bis auf ein gewisses denn doch noch aufrecht erhalten werden," überall Vernunft (ratio) oder Billigkeit (aequitas) sey; doch scheint demselben jetzt (Pand. I. S. 575.),

„daß neben diesen innern Triebfedern der Billigkeit und Consequenz auch gewisse äußere Umstände einen Anhaltpunkt, ja theilweise den ersten Anstoß zur Aufstellung der nat. obl. gegeben haben." Gegen Brinz vgl. wieder Schultze de nat. pup. oblig. p. 13. sq.

[3] Vgl. L. 19. pr. D. cond. indeb. (Pompon.) Si poenae causa eius, cui debetur, debitor liberatus est, naturalis obligatio manet, et ideo solutum repeti non potest. L. 40. pr. eod. (Marcian.) Qui exceptionem perpetuam habet, solutum per errorem repetere potest. Sed hoc non est perpetuum; nam si quidem eius causa exceptio datur, cum quo agitur, solutum repetere potest, ut accidit in senatusconsulto de intercessionibus; ubi vero in odium eius, cui debetur, exceptio datur, perperam solutum non repetitur, veluti si filiusfamilias contra Macedonianum mutuam pecuniam acceperit et paterfamilias factus solverit, non repetit. L. 9. §. 4. D. ad Sc. Maced. (Ulpian.) . . . hi demum solutum non repetunt, qui ob poenam creditorum actione liberantur, non quoniam exonerare eos lex voluit. — Ein Princip für die Entscheidung der Frage, ob ungeachtet der perpetua exceptio noch eine wirksame naturalis obligatio anzuerkennen sey, kann aus diesen Stellen nicht abstrahirt werden; Sav. V. S. 375 . . . 379.; aber sie geben doch der Gesetzesauslegung einen Gesichtspunkt an, welcher mag erkennen lassen, ob nach der Ansicht eines Gesetzes auch die Wirkungen der naturalis obligatio, wo an sich eine solche anzuerkennen wäre, ausgeschlossen seyn sollen. Christiansen a. a. O. S. 102 . . . 114. Vgl. auch Erxleben a. a. O. S. 130 . . . 134. und Scheurl a. a. O. S. 514. („Der wahre Sinn der Regel scheint mir darin zu bestehen, daß unterschieden wird, ob bei Einführung einer peremptorischen exceptio — die ja natürlich immer eben sowohl einen Nachtheil des Gläubigers als einen Vortheil des Schuldners mit sich führen muß — jene oder diese Wirkung in der Absicht des die exceptio einführenden Rechtswillens liegt." — Ueber die einzelnen Fälle der naturalis obl., nach den manchfaltig abweichenden Ansichten, s. Puchta §. 236. Sav. und Brinz a. a. O.; über das heutige Recht Sav. §. 14.

II. Ausübung der Obligationen.

§. 218.

Das Recht des Gläubigers ist, daß die Verbindlichkeit des Schuldners erfüllt werde. In der Erwirkung und dem Empfang der Erfüllung besteht daher die Ausübung des Forderungsrechts. Die volle Ausübung der Forderung hebt diese selbst auf; es liegt im Zweck der Obligatio, daß sie durch Befriedigung des Gläubigers wieder vernichtet werde (§. 92.); von Besitz ist bei Forderungen deshalb keine Rede (§. 129. Anm. 2.). Seine Befriedigung kann der Gläubiger, wenn sie nicht freiwillig gewährt wird, durch Klage, nach Umständen durch Exceptio bewirken; es ist aber

möglich, daß er dabei mit andern Gläubigern in Collision gerathe, weil der Schuldner alle zu befriedigen außer Stand ist.

Anm. Ueber die Anwendung des Besitzbegriffes auf obligatorische Verhältnisse, ob und inwiefern sie denkbar sey? vgl. Bruns Rt des Besitzes S. 480...483.

A. Von der Erfüllung.

§. 219.

1) Gegenstand derselben.

Der Gegenstand der Erfüllung bestimmt sich durch den Gegenstand der Forderung (§. 202. fg.); der Gläubiger braucht weder eine Theilung [a] noch eine Aenderung der Leistung [b], welche den eigentlichen Inhalt der Obligatio ausmacht, als Erfüllung anzunehmen, daher auch nicht die Leistung durch einen andern als den eigentlich Verpflichteten, sofern nicht die Persönlichkeit des Leistenden ohne Einfluß auf den Inhalt der Leistung ist [c]; er kann seinerseits eben so wenig etwas anderes fordern. Aber die gerichtliche Geltendmachung der Forderung führt nicht immer die Verwirklichung jener Leistung herbei, auch wo diese möglich wäre; oft findet sie ihr Ziel nur in Beitreibung des Geldwerthes derselben aus dem Vermögen des verurtheilten Schuldners.

Anm. Nach älterem Recht lautete die Condemnatio des Beklagten immer auf Geldzahlung, welches auch der Gegenstand der Obligatio seyn mochte; nur bei arbitrariae actiones konnte zuvor durch einen wohl auch erzwingbaren Restitutions- oder Exhibitionsbefehl versucht werden, den Schuldner zu der bestimmten Leistung anzuhalten (§. 100. not. m. §. 115. not. o.). Nach Justinianischem Recht geht das richterliche Urtheil in allen Fällen zunächst auf den wahren Gegenstand der Schuldverbindlichkeit, und wird dieses auch in Ermangelung freiwilliger Erfüllung, soweit möglich, vollzogen, ausgenommen bei faciendi obligationis (L. 13. §. 1. D. de rei iud. 42. 1. vgl. mit L. 14. Cod. de sent. 7. 45.) Bethmann-Hollweg Hdb. des Proc. I. §. 29...31. Nach heutigem Recht kann auch im letzten Falle Vollziehung gegen den Verurtheilten versucht, und erst, wenn sie erfolglos ist, Ersatz in Gelde an die Stelle gesetzt werden. Bayer, Vorträge über den Civilproceß (8. Aufl.) S. 1117.

§. 220.

2) Zeit der Erfüllung.

Regelmäßig kann der Gläubiger die Erfüllung alsbald nach Entstehung der Obligatio fordern, der Schuldner sie leisten, wann

[a] L. 41. §. 1. D. de usur. 22. 1. cf. L. 21. D. de reb. cred. 12. 1. — L. 9. §. 1. D. de solut. 46. 3. (§. 204.). [b] L. 2. §. 1. L. 3. D. de reb. cred. L. 98. §. 6. D. de solut. L. 16. Cod. eod. 8. 43. cf. L. 11. §. 25. D. de legat. III. [c] L. 31. D. de solut. cf. L. 53. eod.

er will, nur nicht gerade zu unangemessener Stunde [a]. Oft aber ergibt sich schon aus der Beschaffenheit der Leistung von selbst ein gewisser Aufschub der Erfüllung [b]. Auch kann über die Zeit der Erfüllung etwas besonderes festgesetzt seyn, z. B. ein Tag, an welchem [c], oder eine Zeitfrist, innerhalb welcher [d] zu erfüllen ist. Eine solche Zeitbestimmung kann wohl den Vortheil des Gläubigers bezwecken [e]; im Zweifel aber wird sie nur zu Gunsten des Schuldners gedeutet; diei adiectio pro reo est [f]; dieser kann nicht vor Ablauf der bestimmten Zeitfrist belangt werden, dies nondum venit [g]; er kann aber wohl vor der Zeit erfüllen [h]. Die vorzeitige Erfüllung kann dem Gläubiger einen Vortheil gewähren [1], indem er früher, als er berechtigt war, in den Genuß des Schuldgegenstandes kommt [i]; ist dieser zinsfähig, die Schuld aber war unverzinslich, so gewinnt der Gläubiger und der Schuldner verliert den Vortheil des Zinsgenusses für die Zwischenzeit von der wirklichen Zahlung bis zu dem spätern Zeitpunkt der Fälligkeit, das sog. Interusurium [k]. Der Gläubiger kann in den Fall kommen, diesen Gewinn als unrechtlichen hinterher wieder erstatten zu müssen [l]. Keineswegs aber ist der Schuldner berechtigt, wider Willen des Gläubigers früher zahlend von der Schuldsumme einen jenem Vortheil entsprechenden Abzug zu machen [2].

Anm. 1 Die gegenwärtige Erfüllung einer erst künftig völligen Leistung heißt repraesentatio, L. 24. §. 2. D. sol. matr. 24. 3. L. 88. §. 5. D. de legat. II., daher der Vortheil, den sie dem Gläubiger gewährt, commodum repraesentationis, L. 1. §. 10. D. ad leg. Falc. 35. 2., commodum quod sentit in repraesentatione, L. 10. §. 12. D. 42. 8.; überhaupt aber heißt der Vortheil, welchen der Schuldgegenstand in der Zwischenzeit, sey es dem später zahlenden Schuldner oder dem früher bezahlten Gläubiger, gewährt hat oder gewähren kann, commodum temporis, medii temporis, L. 45. pr. D. ad leg. Falc. 35. 2. L. 82. pr. D. de legat. II. L. 24. §. 2. cit., bei Zinsfähigkeit des Gegenstandes gleichbedeutend mit interusurium (not. k.), im heutigen kaufmännischen Sprachgebrauch: Rabatt, Disconto.

2 Auch nicht, wie Puchta §. 241. behauptet, wenn die frühere Zahlung mit

[a] L. 14. D. de R. J. cf. L. 39. D. de solut. 46. 3. [b] §. 27. J. de inutil. stip. 3. 19. L. 14. 60. 73. 98. §. 1. L. 137. §. 2. D. de V. O. 45. 1. cf. L. 137. §. 4. eod. — L. 105. D. de solut. 46. 3. L. 21. §. 1. D. de pec. const. 13. 5. [c] L. 41. D. de V. O. 45. 1. [d] L. 42. eod. L 50. D. de O. et A. 44. 7. [e] L. 17. D. de R. J. cf. L. 15. D. de ann. 33. 1. L. 43. §. 2. D. de legat. II. [f] L. 38. §. 16. L. 41. §. 1. L. 137. §. 2. D. de V. O. L. 70. D. de solut. [g] L. 213. D. de V. S. (§. 73. Anm. 2). [h] L. 70. cit. (not. f.) [i] L. 10. §. 12. L. 17. §. 2. D. quae in fraud. cred. 42. 8. — L. 24. §. 2. D. sol. matr. 24. 3. [k] L. 9. §. 8. D. de pecul. 15. 1. L. 66. pr. D. ad leg. Falc. 35. 2. [l] L. 10. §. 12. L. 17. §. 2. cit.

dem Willen des Gläubigers geschieht, wenn er nicht auch Vergütung für das Interusurium bewilligt hat. — Einen besondern Fall enthält L. 24. §. 2. cit. Quoties mulieri satisdandum est de solutione dotis post certum tempus, si maritus satisdare non possit, tunc deducto commodo temporis condemnatio residui repraesentatur; sed si, quum maritus satisdare posset, nollet, in solidum eum condemnandum Mela ait, non habita ratione commodi temporis. Iudicis igitur officio convenit, ut aut satisdatione interposita absolvat maritum, aut habita ratione compensationis (Hal. *repraesentationis*) eum condemnet, quod quidem hodie magis usurpatur. Nec ferenda est mulier, si dicat, magis se velle dilationem pati, quam in repraesentatione deductionem. Vgl. Vang. III. §. 587. S. 201.

3 Auch abgesehen von den in Anm. 2. angedeuteten Fällen, kann es aus anderem Anlaß (z. B. L. 45. pr. 66. pr. D. ad leg. Falc. 35. 2.) nothwendig werden, zu berechnen, wie viel bei früherer Zahlung der Gläubiger mehr, als er fordern kann, erhalten, der Schuldner mehr, als er schuldig ist, hergeben würde, und so den Betrag der später fällig werdenden Schuldforderung für einen frühern Zeitpunkt zu ermitteln. Dies ist eine mathematische Aufgabe. Ihr Ziel ist: einerseits eine Summe zu bestimmen, welche, mit Hinzurechnung des inzwischen möglichen Zinsgewinnes, zur Zeit der Fälligkeit das Capital ergibt, welches dann zu zahlen wäre, oder andererseits die Summe zu bestimmen, welche, ebenfalls mit Hinzurechnung des inzwischen davon möglichen Zinsgewinns, am Ende der Zahlungsfrist so viel ausmacht, als der Schuldner durch das bis dahin noch ihm gebührende Interusurium der Schuldsumme hätte gewinnen können. Diese beiden Summen müssen so zusammenstimmen, daß nach Abzug der einen von dem eigentlichen Schuldcapital die andere übrig bleibt, beide zusammen das letzte ergeben. Die richtige Lösung dieser Aufgabe gewährt die von Leibnitz (in seiner Meditatio iuridico-mathematica de interusurio simplice, in den Actis Eruditorum, 1683.) aufgestellte logarithmische Berechnung des Interusuriums, welche ein Capital darstellt, das mit Zinsen und Zinseszinsen am Ende der Zahlungsfrist der eigentlichen Schuldsumme gleichkommt. Die mathematische Richtigkeit ihres Ergebnisses ist neuerdings nachgewiesen von Oettinger im civ. Arch. XXIX. 2., welcher zugleich eine im Resultat übereinstimmende neue Methode angibt, wornach gleichmäßig jene beiden Größen (für den Schuldner wie für den Gläubiger) ermittelt werden können. Vgl. auch Keil, das Interusurium, Jena 1854. Eine andere Berechnung ist die Hoffmannische (von G. A. Hoffmann in dessen „Klugheit Haus zu halten", Leipzig 1731., aufgestellt), welche ein Capital findet, das mit Zurechnung der einfachen Zinsen am Ende der Frist dem Schuldcapital gleichkommt, und so zwar dem Gläubiger genügt, den Schuldner aber verkürzt, nach der Formel $X = \frac{100 \times k,}{100 + np,}$ wenn k das Capital, n die Zahl der Jahre, p die Procente bezeichnet. Diese Berechnung wird gleichwohl noch von Manchen als die juristisch allein richtige angesehen, z. B. von Schrader Abh. II. 2. F. Zachariä, über die richtige Berechnung der Interusurii nach Grundsätzen des Rechts. Greifswalde 1831. Rtslex. V. S. 640. fg. Dies kann aber als Regel nicht zugegeben werden.

Puchta Vorles. II. S. 49. Vgl. Vang. III. §. 587. (S. 200.) „das Richtigste dürfte freilich seyn, keine der beiden Berechnungsarten rein zur Anwendung zu bringen, sondern eine den konkreten Verhältnissen entsprechende Combination beider, wozu Keil a. a. O. S. 43. fg. sachgemäße Andeutungen gegeben hat." Gesetzlich anerkannt ist die Leibnitzische Berechnung in Sachsen und Preußen. — Offenbar unrichtig ist die nach Pinkhard von Carpzow (decis. III. num. 275.) vertheidigte Berechnungsart, welche schlechthin die Summe der einfachen Zwischenzinsen vom Capital abzieht, also bei einer Frist von 20 Jahren und einem Zinsfuß von 5 Procent dieses ganz aufzehrt, daher nur bei kurzen Zahlungsfristen allenfalls erträglich erscheinen kann.

[4] Daß im römischen Recht eine der eben bezeichneten Berechnungsweisen angewendet sey, ist unerweislich, würde auch nicht entscheidend seyn. Puchta §. 241. not. g. Vgl. a) L. 88. §. 3. D. ad leg. Falc. 35. 2. Qui ducenta in bonis relinquebat, legavit mihi centum praesenti die, tibi aeque centum sub conditione; post aliquantum temporis extitit conditio, ita tamen ut ex reditu eius summae, quae tibi relicta est, non amplius quam viginti quinque reciperet: legis Falcidiae ratio ita habenda erit heredi, ut viginti quinque conferre ei debeamus et amplius fructus quinquaginta medii temporis, qui verbi gratia efficient quinque. Quum igitur triginta sint conferenda, quidam putant quina dena ab utroque nostrum conferenda esse; quod minime verum est. Licet enim eandem quantitatem acceperimus, manifestum tamen est, aliquanto uberius esse meum legatum. Quare statuendum erit, tanto minus in tuo legato esse, quantum ex fructibus eius heres perceperit. Secundum quod in proposita specie computationem ita iniri oportet, ut ex septem partibus ego quatuor, tu tres conferamus, quoniam quidem quarta pars amplius in meo quam in tuo legato est. Diese Stelle hat der Mathematiker Oettinger a. a. O. S. 44. nicht verstanden, nicht wissend, daß nach der Lex Falcidia der Betrag des Vermögens wie der Vermächtnisse mit Rücksicht auf die Todeszeit des Erblassers zu bestimmen war. b) L. 3. §. 2. eod. Item si reipublicae in annos singulos legatum sit, quum de lege Falcidia quaeratur, Marcellus putat tantum videri legatum, quantum sufficiat sorti ad usuras trientes eius summae, quae legata est, colligendas. Diese Stelle, wenn überhaupt für die vorliegende Frage Gebrauch davon zu machen, würde für die Leibnitzische Methode sprechen. Oettinger S. 45. 50.

§. 221.

3) Ort der Erfüllung.

Der Ort der Erfüllung, auch alternativ dieser oder jener [a], kann durch besondere Bestimmung [b], oder auch von selbst durch die Beschaffenheit der Leistung [c] gegeben seyn. Alsdann darf an einem

[a] L. 2. §. 3. D. de eo quod certo loco dari oportet. 13. 4. cf. L. 106. D. de V. O. 45. 1. [b] L. 1. 5. D. h. t. L. 4. D. de cond. trit. 13. 3. [c] z. B. L. 75. §. 10. D. de V. O. 45. 1. L. 3. §. 1. L. 6. §. 2. D. de act. emt. 19. 1.

andern Orte der Schuldner nicht leisten [d], der Gläubiger nicht fordern [e]. Diesem ist jedoch gestattet, auch an einem andern Orte darauf zu klagen [1], daß der Schuldner entweder an dem bestimmten Orte oder mit Berücksichtigung des Ortsinteresse, für die eine wie für die andere Partei, an dem Orte der Klage erfülle [f]. Ist der Erfüllungsort nicht bestimmt, so kann der Schuldner leisten, wo er den Gläubiger antrifft, nur nicht gerade an einem offenbar unpassenden Orte [g], und muß da leisten [2], wo er mit wirksamer Klage auf Erfüllung belangt wird [h]. Wenn jedoch eine bestimmte Sache (species) Gegenstand der Forderung ist, und diese ohne Unredlichkeit und Verschulden des Verpflichteten an einem andern Orte sich befindet, so hat Kosten und Gefahr ihrer Herbeischaffung der Gläubiger zu tragen [i].

Anm. [1] Die Klage aus einer stricti iuris obligatio auf Dare einer bestimmten Sache (certa obligatio, §. 203.) mit bestimmtem Erfüllungsorte konnte nach römischem Recht strenge genommen nur am Erfüllungsorte angestellt werden, es wäre denn von einem (italischen) Grundstücke die Rede, wobei der Ort der Klage um so weniger eine Aenderung in der Leistung bewirken konnte, als das Dare derselben an jedem Orte mit gleicher Wirkung (durch mancipatio oder in iure cessio) vollzogen werden konnte. Gai. I. 121. II. 24. Um nun gleichwohl auch in jenem Falle die gerichtliche Verfolgung des Schuldners an anderem Orte möglich zu machen, führte das prätorische Edict eine besondere arbitraria actio *de eo quod certo loco dari oportet* ein, worauf sich Dig. h. t. bezieht. Bei bonae fidei obligationes und selbst bei stricti iuris aber incertae obligationes bedurfte es einer solchen Aushülfe nicht, weil hier die Unbestimmtheit der Formel: *quidquid dare facere oportet* ohnehin gestattete, das Ortsinteresse in Erwägung zu ziehen. L. 7. D. h. t. Vgl. Bethmann-Hollweg Versuche S. 35...50. Bezüglich der stricti iuris actiones ist zwar a. M. Puchta Inst. II. S. 21. not. q. wegen L. 7. §. 1. D. l. c. Aber vgl. L. 43. D. de iud. 5. 1. und Bethmann-Hollweg S. 43. not. 97. Heutzutage hat nun jene arbitraria actio ihre formelle Bedeutung ganz verloren; die materiellen Bestimmungen darüber sind noch anwendbar. Vergl. §. 206. Anm. 4. e.

[2] Vgl. Puchta §. 246. not. i. Mit Unrecht findet Sav. Obl. I. §. 49. darin eine einseitige Begünstigung des Gläubigers und einen Widerspruch mit Puchta's eigenen Worten in den Vorles. II. S. 54. („Sonst kann der Schuldner so wenig fordern, daß der Gläubiger zu ihm, als der Gläubiger, daß jener zu ihm komme.") Sav. will dagegen dem Schuldner die Wahl zwischen

[d] L. 2. §. 7. L. 9. D. h. t. 13. 4. [e] L. 1. eod. [f] L. 2. et sqq. eod. L. un. Cod. ubi conveniatur qui certo loco dare promisit. 3. 18. [g] L. 39. D. de solut. 46. 3. (§. 220. not. a.). [h] L. 4. D. de cond. trit. 13. 3. L. 22. D. de reb. cred. 12. 1. L. 1. D. de ann. leg. 33. 1. [i] L. 38. D. de iud. 5. 1. L. 47. pr. §. 1. D. de legat. I. — L. 11. §. 1. D. ad exhib. 10. 4. L. 12. §. 1. D. depos. 16. 3.

denjenigen Orten, an welchen der Gläubiger hätte klagen können, einräumen, weil auf jeden dieser Orte gleich Anfangs eine gewisse Erwartung gerichtet seyn müßte. Aber dieser Grund, der übrigens nur auf Obligationen aus Rechtsgeschäften paßt, würde doch nur für den damaligen Wohnsitz des Schuldners als möglichen Erfüllungsort sprechen.

4) Modificationen der Erfüllung.

§. 222.

a) Hinsichtlich des Gegenstandes.

Kann der eigentliche Schuldgegenstand nicht geleistet werden, so ist der Gläubiger, wo nicht dessen Forderung ganz wegfällt, durch Zahlung des Geldwerthes (aestimatio) zu befriedigen, und zwar des gemeinen Werthes nach Ort und Zeit der Leistung [a], es sey denn, daß durch Verschulden des Verpflichteten andere Ansprüche begründet würden (§. 206. 250. fg.) [1]. Umgekehrt kann bei einer Geldschuld, wenn der Schuldner Geld sich nicht zu verschaffen vermag, der auf Zahlung dringende Gläubiger genöthigt werden, statt dessen andere Sachen des Schuldners an Zahlungsstatt anzunehmen, jedoch nur die bessern und nach gerichtlicher Schätzung ihres Werthes [b]. Dies ist das sog. beneficium dationis in solutum [2]. Mit dem Willen des Gläubigers kann solche Umwandlung des Gegenstandes natürlich immer statthaben [c]. Die Annahme an Zahlungsstatt wirkt übrigens gleich einem Kaufe, wobei die Schuldsumme als der Kaufpreis gilt [d]. Doch kann im Fall der Eviction des Empfangenen auch die Schuldforderung als noch fortbestehend geltend gemacht werden [e].

Anm. [1] Gegen diese Regel erklärt sich Mommsen Beitr. II. S. 100. fg., welcher vielmehr regelmäßig, auch wenn kein Verschulden des Verpflichteten vorliegt, die Prästation des Interesse verlangt, und davon nur bestimmte Ausnahmen zuläßt. Aber vgl. dagegen Windscheid in der Heidelb. krit. Ztschr. II. S. 330. fg.

[2] Ein besonderes Vorrecht hat Justinian Kirchen und milden Stiftungen gewährt. Wenn sie ihre Schulden nicht durch Verwerthung beweglicher Sachen tilgen können, so soll entweder das Eigenthum unbeweglicher Sachen, aber nicht nach Auswahl des Gläubigers, und unter Erhöhung des Schätzungswerthes um $1/10$, an Zahlungsstatt gegeben oder auch der Gläubiger nur in den Besitz und Genuß dazu geeigneter Grundstücke gesetzt werden, um sich aus den Früchten

[a] L. 71. §. 3. D. de legat. I. L. 33. eod. [b] Nov. 4. cap. 3. vgl. JRA. §. 172. [c] pr. J. quib. mod. toll. obl. 3. 29. cf. Gai. III. 68. [d] L. 24. pr. D. de pign. act. 13. 7. L. 4. Cod. de evict. 8. 45. — L. 10. 24. Cod. de solut. et lib. 8. 43. — L. 4. in f. Cod. qui bon. ced. 7. 71. [e] L. 46. D. de solut. 46. 3.

allmählich Befriedigung zu verschaffen, wobei denn die Zinsen auf 3 Procent jährlich herabgesetzt werden. nov. 120. cap. 6. Auth *hoc ius porrectum* Cod. de ss. eccles. 1. 2. Die Praxis hat daraus für jene juristischen Personen überhaupt ein Recht auf Herabsetzung ihrer Zinsverbindlichkeit im Falle starker Verschuldung abgeleitet.

b) Hinsichtlich der Zeit.

§. 223.

α) Durch erzwungene Stundung.

Dem Schuldner kann wider Willen des Gläubigers Stundung gewährt, d. h. eine Zeitfrist gesetzt werden, innerhalb welcher jener zur Erfüllung nicht gedrängt werden, die Forderungsklage gegen ihn also nicht stattfinden soll. Dies kann geschehen: 1) durch Beschluß der Mehrheit der Gläubiger, es sey aus Rücksicht auf den Vortheil der Gläubiger oder aus billiger Schonung für den Schuldner, jedoch auf höchstens 5 Jahre; die Mehrheit bestimmt sich nach der Größe der Forderungen, wenn aber diese auf beiden Seiten gleich ist, nach der Zahl der Personen [a]; 2) durch ein Rescript des Regenten, welches aber Sicherstellung der Gläubiger voraussetzt, sog. Moratorium, Indult, Anstandsbrief, litterae induciales oder respirationis u. s. w., sonst gewöhnlich ebenfalls auf 5 Jahre, daher auch litterae quinquennales oder Quinquenellen [b]. Klagen, die blos auf Herausgabe von nicht dem Schuldner gehörenden Sachen gehen, werden durch die Stundung nicht gehindert. Für die gestundeten Klagen tritt so lange ein Stillstand der Verjährung ein [c].

§. 224.

β) Durch Güterabtretung.

Im Fall unverschuldeter Zahlungsunfähigkeit kann der Schuldner der gerichtlichen Verfolgung seiner Gläubiger dadurch sich entziehen, daß er ihnen seine ganze Habe zu ihrer Befriedigung überläßt, bonis cedendo, daher cessio bonorum, Güterabtretung [a]. In Folge dessen kann er sich gegen alle nicht erst später entstehenden Forderungsklagen durch Exceptio schützen [b], kann jedoch von

[a] L. 8. Cod. qui bon. ced. 7. 71. [d] L. 2. 4. Cod. de precib. 1. 19. RPO. Tit. 23. §. 4. [c] L. 8. cit. in f. (§. 110. not. c.).

[a] Dig. de cessione bonorum. 42. 3. Cod. qui bonis cedere possunt. 7. 71. [b] L. 4. §. 1. D. h. t. L. 3. Cod. de bon. auct. jud. poss. 7. 72.

den nichtbefriedigten Gläubigern noch belangt werden, wenn er nachher wieder in bessere Vermögensumstände kommt [c].

Anm. Die cessio bonorum wird als beneficium bezeichnet, eingeführt durch eine lex Julia, weil sie den Schuldner gegen andere Folgen der Zahlungsunfähigkeit schützt. L. 1. 8. Cod. h. t. L. 11. Cod. ex quib. caus. infamia irrog. 2. 12. Heimbach im Rtslex. I. S. 873...877. Ueber ein angeblich (nach der nicht glossirten nov. 135. cap 1.) dabei vorkommendes beneficium eiurationis bonae copiae (Mühlenbruch §. 154. not. 14. §. 170. not. 8.) vgl. Bethmann-Hollweg Hdb. des Proc. I. S. 345. fg. Heimbach a. a. O. S. 899. fg.

§. 225.

γ) Durch die Rechtswohlthat der Competenz.

In manchen Fällen kann der Schuldner verlangen, nur zu solchem Betrage verurtheilt zu werden, den er nach seinen Vermögensumständen, und zwar nach Abzug des ihm selbst zum Lebensunterhalt Unentbehrlichen (d. i. der sog. Competenz), zu zahlen im Stande ist [a], in id quod facere potest [1]. Dies nennt man heutzutage mit einem unrömischen Ausdrucke: beneficium competentiae. Das Recht wird durch eine, jedoch auf die Person des so berechtigten Schuldners beschränkte [b], Einrede gegen die Forderungsklage geltend gemacht, die aber auch gegen die actio iudicati noch zuläßig ist [c]. Rücksichtlich des Restes bleibt nicht nur die naturalis obligatio bestehen [d], sondern diese wird auch durch Verbesserung der Vermögensumstände des Schuldners wieder klagbar [e]. Ob und in welchem Maße die Rechtswohlthat zur Anwendung komme, hängt von dem Vermögen des Schuldners zur Zeit der Verurtheilung ab [f], wobei aber, einen Fall ausgenommen [g], andere Schulden nicht in Abzug kommen [h]. Unstatthaft ist sie gegen Klagen aus Delicten und gegen Ansprüche, die durch Dolus des Schuldners begründet sind [i], sowie auch insofern, als durch Dolus das Vermögen vermindert worden [k], und beseitigt wird sie durch

[c] L. 3. cit. L. 1. Cod. h. t. L. 6. 7. D h. t.

[a] §. 37. 38. J. de act. 4. 6. L. 173. D. de R. J. L. 16...25. 30. D. de re iud. 42. 1. [b] L. 23...25. D. l. c. L. 7. pr. D. de except. 44. 1. L. 63. §. 1. 2. D. pro soc. 17. 2. L. 12...15. §. 1. D. sol. matr. 24. 3. [c] L. 17. §. 2. D. l. c. L. 41. §. 2. D. de re iud. 42. 1. L. 33. pr. D. de donat. 39. 5. L. 5. pr. D. quod cum eo. 14. 5. [d] L. 8. 9. D. de cond. indeb. 12. 6. [e] L. 63. §. 4. D. pro soc. 17. 2. L. un. §. 7. Cod. de rei ux. act. 5. 13. cf. L. 47. §. 2. D. de peculio. 15. 1. [f] L. 63. §. 6. D. l. c. L. 15. pr. D. sol. matr. 24. 3. [g] L. 19. §. 1. L. 49. 50. D. de re iud. L. 54. D. sol. matr. [h] L. 16. 19. pr. D. de re iud. L. 63. §. 3. D. pro soc. 17. 2. [i] L. 22. §. 1 L. 52. D. de re iud. L. 21. §. 6. D. rer. amot. 25. 2. L. 4. §. 1. 2. D. quod cum eo. 14. 5. [k] L. 63. pr. § 7. D. pro soc. L. 51. pr. D. de re iud.

Verzicht, sofern nicht dessen Geltendmachung selbst unanständig erscheint [1]. Die Gründe, auf denen die Rechtswohlthat beruht, sind entweder ein besonderes persönliches Verhältniß zwischen Schuldner und Gläubiger [2], oder die Beschaffenheit des obligatorischen Verhältnisses, aus dem die Forderung entspringt [3], oder eine besondere Eigenschaft des Schuldners, welche diesem gegen verschiedene Gläubiger jene Begünstigung gewährt [4].

Anm. 1 Der Ausdruck: *condemnare in id quod facere potest (reus)* bezeichnete eigentlich nur eine Beschränkung der Verurtheilung auf den wirklichen Betrag des activen Vermögens des Schuldners, L. 82. D. ad leg. Falc. 35. 2. (cf. §. 37. J. 4. 6. *„quatenus facere possit, id est, quatenus facultates eius patiuntur,“* L. 21. D. h. t. *„ut non ultra facultates damnetur,“*) ist aber später günstiger ausgelegt worden nach L. 173. D. de R. J. In condemnatione personarum, quae in id quod facere possunt damnantur, non totum, quod habent, extorquendum est, sed et ipsorum ratio habenda est, ne egeant. Cf. L. 19. §. 1. D. h. t. 42. 1. (Paul. lib. VI. ad Plautium.) Is quoque, qui ex causa donationis convenitur, in quantum facere potest condemnatur, et quidem is solus deducto aere alieno. Et inter eos, quibus ex simili causa pecunia debetur, occupantis potior erit causa. Imo, nec totum, quod habet, extorquendum ei puto, ut et ipsi *(ipsius)* ratio habeatur, ne egeat. — In neuerer Zeit aber hat man zu entdecken geglaubt, das letzte sey ein besonderes beneficium (executionis), welches, verschieden von dem beneficium condemnationis in id quod facere potest, nicht in allen Fällen mit diesem zusammentreffe, Schömann Hdb. II. 5., oder doch, wenn es auch nach L. 173. cit. in allen denselben Fällen gleichfalls stattfinde, von dem letzten dadurch sich unterscheide, daß nur dieses (wenige Fälle ausgenommen: not. e.), nicht auch jenes, den Schuldner von der Klage wegen des Restes ganz befreie. Vang. I. §. 174. Heimbach im Rtslex. I. S. 887. fg. Vgl. dagegen Francke im civ. Arch. XXIII. 14. Unterholzner §. 181. 182. Puchta §. 244. not. a. In der 6. Aufl. hat aber auch Vangerow seine abweichende Meinung, so weit sie von praktischer Bedeutung seyn würde, in der That aufgegeben, indem er völlige Befreiung von der Restforderung in keinem Falle mehr eintreten läßt. Dagegen hat Brinz I. S. 545. jene Unterscheidung in der Weise wieder aufgenommen, daß er bei der condemnatio in id quod facere potest zur Erhaltung der Nachforderung eine Caution (nuda promissio) für nothwendig hält, während bei bloßer Beschränkung der Execution sich diese von selbst verstehe.

2 Aus diesem Grunde haben das Beneficium: a) Aeltern gegen Kinder, sowie Patrone gegen Freigelassene, L. 16. 17. D. de re iud., ob auch die Kinder gegen die Aeltern? L. 30. in f. D. l. c.? (§. 437. Anm. 2.); sodann b) Ehegatten gegen einander? L. 20. eod.; c) der Schwiegervater gegen den Mann, rücksichtlich der versprochenen Dos, wenn sie während der Ehe gefordert

[1] L. 14. §. 1. D. sol. mstr. 24. 3.

wird; L. 21. 22. pr. D. eod. L. 17. pr. D. sol. matr. L. 48. D. de iure dot. 23. 3.; endlich nach der Meinung Vieler d) auch Geschwister, arg. L. 63. pr. D. pro soc. 17. 2. *„cum societas ius quodammodo fraternitatis in se habeat,"* vgl. Anm. 3. b.

3 Dahin gehört die Competenzeinrede: a) des Ehemanns, seines Vaters und seiner Kinder (nicht anderer Erben) gegen die Dotalklage, nicht auch gegen die Klage auf Rückgabe einer dos receptitia, L. 21. 23. 24. §. 1. D. de re iud. L. 12. et sqq. D. solut. matr.; dabei greift jedoch zum Theil auch der vorige Gesichtspunkt (Anm. 2.) mit ein; b) des Schenkers gegen die Forderung aus der Schenkung, „et quidem is solus deducto aere alieno." (not. g.); cf. L. 33. D. de iure dot. 23. 3. L. 84. eod. L. 41. pr. D. de re iud. Meyerfeld im Rh. Mus. VII. S. 111. fg.; c) der Gesellschafter gegen die Klage aus dem Gesellschaftsverhältniß, §. 38. J. de act.; ob aber jedem socius zuständig.? vgl. L. 63. pr. D. pro soc. 17. 2. (Ulp. lib. 31. ad edictum): Verum est, quod Sabino videtur, etiamsi non universorum bonorum socii sint, sed unius rei, attamen in id, quod facere possunt quodve dolo malo fecerint, quominus possint, condemnari oportere: cf. L. 63. §. 3. ibid.; dagegen L. 16. D. de re iud. (Ulp. lib. 63. ad edictum): „... qui pro socio conveniuntur; socium autem omnium bonorum accipiendum est." (Hal. *socius ... accipiendus est*); welcher Zusatz „am wahrscheinlichsten eine bei der Zusammensetzung der Pandekten gemachte Einschaltung der Compilatoren aus einem andern dissentirenden Juristen ist. Das praktische Resultat ist, daß diese Beschränkung auf eine Art der Societät in Folge des Widerspruchs der beiden Stellen wegfällt." Puchta §. 245. not. p. Anders Vang. a. a. O. Anm. 2. Nr. 7. „Bei einer societas unius rei wird das beneficium freilich auch eingeräumt, aber nur, wenn sich aus vorgängiger causae cognitio ergibt, daß hier wirklich die beiden socii in einem nahen innigen Verhältniß stehen"; arg. L. 22. §. 1. D. eod. Quod autem de sociis dictum est ... causa cognita se facturum praetor edicit; aber: causae cognitio autem in hoc erit, ut neganti se socium esse aut ex doli clausula obligato non succurratur. Dagegen wieder Marezoll in Linde's Ztschr. XIV. 9. — Nicht hieher gehört die funeraria actio gegen den Ehemann nach L. 27. §. 2. L. 28. D. de religiosis, 11. 7. (Vang. Anm. 2. Nr. 5.), weil hier die Forderung an sich auf id quod facere potest beschränkt ist. Puchta §. 245. not. aa.

4 Aus diesem Grunde genießen die Wohlthat der Competenz: a) Soldaten gegen alle Forderungen, L. 6. pr. L. 18. D. de re iud. (nicht auch sog. milites Christi und Justiniani); b) diejenigen, welche vor nicht langer Zeit aus der väterlichen Gewalt befreit sind, rücksichtlich der während derselben contrahirten Schulden, sofern sie nicht durch den Tod des Vaters ein erhebliches Vermögen erhalten haben; L. 49. D. de re iud. L. 2...5. D. quod cum eo. 14. 5.; c) der Schuldner, welcher seine Güter abgetreten, nachher aber wieder Vermögen erworben hat (§. 224.), rücksichtlich der Forderungen aller seiner damaligen Gläubiger §. 40. J. de act. 4. 6. L. 4. §. 1. D. de cess. bon. 42. 3. cf. L. 3. Cod. de bon. auct. iud. poss. 7. 72. Die Behauptung, daß dieses Beneficium auch später entstandenen Forderungen gegenüber wirke (vgl. Thibaut Abh.

Nr. 26.), wird nicht begründet durch L. 4. §. 1. cit. (Sabinus et Cassius putabant, eum, qui bonis cessit, ne quidem ab aliis, quibus debet, posse inquietari), und, von inneren Gründen abgesehen, widerlegt durch §. 40. J. cit. „*ex integro* . . . creditores cum eo experiuntur," L. 3. Cod. cit. Ex contractu, *qui cessionem rerum antecessit*, debitorem contra iuris rationem convenies etc.

5 Auch durch Vertrag kann die Einrede der Competenz begründet werden. L. 49. D. de pact. 2. 14. — Ungegründet aber ist die Annahme eines sog. beneficium competentiae ex iure tertii (Thibaut Syst. §. 107.), das man z. B. zu Gunsten des zum Unterhalt des Schuldners Verpflichteten hat behaupten wollen. Puchta §. 245. a. E., Vang. §. 174. a. E.

B. Von der Collision der Ausübung mehrerer Forderungen.

§. 226.

Die Forderungen mehrerer Gläubiger können collidiren wegen der Identität ihres Gegenstandes; alsdann hat der Schuldner den einen oder andern durch den Geldwerth der Leistung abzufinden [a]. Eine Collision in der Ausübung entsteht, wenn zugleich mehrere Gläubiger aus dem Vermögen des Schuldners Befriedigung zu erlangen suchen, während doch dieses Vermögen alle zu befriedigen nicht hinreichenden Geldeswerth hat, der Schuldner also im Zustande der Zahlungsunfähigkeit (Insolvenz) sich befindet. Ein solcher concursus creditorum veranlaßt ein besonderes Verfahren (Concursverfahren, Gantverfahren), um die Befriedigung der Gläubiger nach Maßgabe ihrer Ansprüche aus dem Gesammtvermögen des Schuldners, soweit möglich, ordnungsmäßig zu bewerkstelligen. Dieses Verfahren wird eröffnet oder der Concurs der Gläubiger förmlich constituirt durch ein richterliches Decret, welches entweder durch die eigene Erklärung des Schuldners (Güterabtretung, §. 224.) oder durch Antrag der Gläubiger wegen wahrscheinlicher Zahlungsunfähigkeit des Schuldners hervorgerufen wird [b]. In Folge der Concurseröffnung verliert der Schuldner (Cridar) die Verfügung über seine Güter (Concursmasse); für diese wird ein Verwalter bestellt (curator bonorum, Massacurator), und ein Contradictor übernimmt es, sein Interesse und zugleich das der Gesammtheit

[a] L. 33. D. de legat. I. (§. 222.) cf. L. 26. D. locati. 19. 2. [b] Dig. de rebus auctoritate iudicis possidendis seu vendundis 42. 5. de curatore bonis dando. 42. 7. Cod. de bonis auctoritate iudicis possidendis seu venumdandis et de separationibus bonorum. 7. 72.

der Gläubiger gegen die Ansprüche der Einzelnen zu vertreten. Die Gläubiger aber können nunmehr aus dem fraglichen Vermögen nur vermöge rechtzeitiger Theilnahme an diesem Verfahren Bezahlung erlangen [c], obwohl ihre Forderungen gegen den Schuldner, soweit dies nicht der Fall ist, bestehen bleiben [d]. Doch kann aus besondern Gründen wohl ein gewisser Bestandtheil des Vermögens zunächst zur Befriedigung gewisser Gläubiger ausgeschieden und ein besonderer Concurs darüber eröffnet werden [e]. Das Ziel des ganzen Verfahrens ist: einerseits sämmtliche dem Gemeinschuldner gehörende Vermögensgegenstände (die Activa) zu ermitteln und durch Veräußerung den Gesammt-Geldeswerth derselben zu gewinnen: andererseits alle in Betracht kommenden Ansprüche gegen jenen (die Passiva) nach ihrem Geldwerthe klar zu stellen und alsdann nach Verhältniß des Betrages und nach der ihnen zukommenden Rangordnung zu befriedigen.

Anm. Das heutige Concursverfahren weicht vom römischen in vielen Punkten ab. Das Nähere darüber gehört der Proceßlehre an. Vgl. Bayer Theorie des Concursprocesses, 4. Aufl. München 1850.

§. 227.

Von dem Gesammtbetrage des schuldnerischen Vermögens wird zunächst vorweg genommen, was erforderlich ist, um die durch die Verwaltung desselben und durch das Gantverfahren begründeten Ansprüche zu befriedigen, als welche die Concursmasse selbst mindern, die Forderungen nämlich der sog. Massagläubiger, und die Gerichts- und Verwaltungskosten [a]. Was übrig bleibt, bildet den Gegenstand, der zur Befriedigung der concurrirenden Gläubiger dient. Regel ist, daß diese einander gleichstehen, ohne Rücksicht auf die Entstehungszeit ihrer Forderungen; sie haben also gleichmäßigen Anspruch auf Befriedigung nach Verhältniß des Betrages der Forderungen, soweit das Vermögen ausreicht [b]. Jedoch müssen Strafforderungen [1] den übrigen nachstehen [c]. Sodann ist manchen Forderungen ein besonderes Vorzugsrecht vor andern eingeräumt, kraft dessen sie vor diesen auf Befriedigung Anspruch haben

[c] L. 6. §. 7. D. quae in fraud. cred. 42. 8. [d] L. 3. Cod. l. c. (§. 224.).
[e] Dig. de separationibus. 42. 6. Cod. l. c.

[a] L. 8. D. depos. 16. 3. L. 72. D. ad leg. Falc. 35. 2. [b] L. 6. Cod. h. t. cf. L. 32. D. h. t. [c] L. 17. 37. D. de iure fisci. 49. 14. L. un. Cod. poenis fiscalibus creditores praeferri. 10. 7. cf. L. 48. §. 1. D. l. c.

(privilegium exigendi) [d], welches entweder nur zu Gunsten der Person des Gläubigers besteht (privilegium personae) [2], oder mit der Forderung an sich verbunden ist (privilegium causae) [3]. Unter diesen bevorzugten Forderungen ist einigen [4] wieder der Vorzug vor andern beigelegt [e]; außerdem tritt unter ihnen ebenfalls die Regel der Gleichheit ein [f]. Diejenigen aber, welchen ein Pfandrecht an Vermögensgegenständen des Schuldners zusteht, können nach römischem Recht dieses geltend machen, ohne an dem Concurs theilzunehmen [g]; nach heutiger Praxis sind auch sie gleich andern (d. i. chirographarischen) Gläubigern genöthigt, sich in den Concurs einzulassen, können aber dann vor den letzten nach der Rangordnung ihres Pfandrechts aus dem Geldwerthe der Pfandgegenstände Bezahlung verlangen. Nur einigen bevorzugten Forderungen, welche deshalb absolut privilegirte heißen, ist selbst vor ihnen der Vorzug gegeben [5]. So ergeben sich denn fünf verschiedene Classen von Gläubigern, welche beim Concurse vorkommen können: 1) absolut privilegirte Gläubiger, 2) privilegirte, und 3) nicht privilegirte Pfandgläubiger, 4) privilegirte und 5) nicht privilegirte chirographarische Gläubiger. Zu den (privilegirten oder nicht privilegirten) chirographarischen Gläubigern gehören auch die Pfandgläubiger, sofern sie zugleich eine persönliche Forderung gegen den Cridar haben und nicht in der zweiten oder dritten Classe befriedigt worden sind.

Anm. 1 Diese Regel spricht L. un. (not. c.) aus: „Rem suam persequentibus poenae exactio postponitur," und macht sofort die Anwendung auf fiscalische Strafen: Sicut itaque in sortis quantitate fisci persecutio potior est (vgl. Anm. 2.), ita in triplo, quod poenae nomine adiectum est, propria forma servanda est; übereinstimmend mit L. 17. cit. In summa sciendum est, omnium fiscalium poenarum petitionem creditoribus postponi. Zu widersprechen scheint L. 37. cit. (Papinian.): Quod placuit, fisco non esse poenam petendam, nisi creditores suum recuperaverint, eo pertinet, ut privilegium in poena contra creditores non exerceatur, non ut ius commune privatorum fiscus amittat. „Sie könnte so verstanden werden: er wird in Beziehung auf die Strafe wie ein Privatus behandelt, er steht nicht schlechter, als . . . derjenige Privatus, welcher ebenfalls eine Strafforderung hat." Puchta Vorles. II. S. 62. Nicht anwendbar ist die Regel auf Conventionalstrafen, (§. 211.). — Nicht hieher gehört der Satz, daß Ansprüche aus Verleihungen

[d] L. 16. et. sqq. D. h. t. 42. 5. (in editt. Vulg. et Hal. „*Tit. VI. de privilegiis creditorum*"). [e] L. 34. D. h. t. L 45. D. de relig. 11. 7. [f] L. 32. D. h. t. [g] L. 6. 10. pr. Cod. h. t. cf. L. 74. D. de iure dot. 23. 3. L. 9. Cod. qui pot. 8. 18.

auf den Todesfall den übrigen nachstehen; jene sind unwirksam, sofern nicht der Verstorbene nach Abzug der Schulden noch hinreichendes Vermögen hinterlassen hat. L. 4. §. 1. L. 6. pr. D. de separat. 42. 6. L. 17. D. de m. c. donat. 39. 6. Vgl. Arndts im Rtslex. IV. S. 21. fg.

2 Ein privilegium personae (vgl. §. 23. Anm. 4.) hat: a) der Fiscus. L. 34. D. h. t. L. 10. pr. D. de pact. 2. 14. cf. Pauli sentt. V. 12. §. 10. (Anm. 1.) b) der Regent und dessen Gemahlin. L. 6. §. 1. D. de iure fisci. 49. 14. c) Städte, L. 38. §. 1. D. h. t. 42. 5. cf. L. 10. D. ad munic. 50. 1., und nach der Meinung Vieler d) Kirchen, was aber durch kein Gesetz, namentlich nicht durch L. 23. Cod. de ss. eccles. 1. 2., begründet ist. e) die Ehefrau oder Braut wegen ihrer Dotalforderung. L. un. Cod. de privilegio dot. 7. 74. L. 17. §. 1. L. 19. pr. D. h. t. 42. 5. f) Bevormundete wegen der Vormundschaftsforderungen gegen Vormünder oder Protutoren, auch gegen Geschäftsführer. L. 19. §. 1... L. 23. D. h. t. L. 42. 44. §. 1. D. de adm. tut. 26. 7.

3 Ein privilegium causae besteht für folgende Forderungen: a) wegen der Kosten der Beerdigung, sey es des Schuldners oder eines Andern, dessen Beerdigung jenem oblag, L. 17. pr. D. h. t. L. 45. D. de religios. 11. 7., desgleichen nach der Praxis, b) wegen der Kosten der Krankheit, an welcher der Schuldner gestorben ist, und c) des Gesindelohns; d) aus einem Gelddarlehn, welches zum Wiederaufbau eines Gebäudes gegeben und verwendet worden ist, L. 24. §. 1. D. h. t. L. 25. D. de reb. cred. 12. 1., sowie e) wegen verhältnißmäßigen Ersatzes der Reparaturkosten eines gemeinschaftlichen Gebäudes, L. 52. §. 10. D. pro soc. 17. 2. (§. 133. not. g.); f) für die Forderung, welche zum Zweck der Anschaffung, Erbauung oder Ausrüstung eines Schiffes contrahirt oder durch den Verkauf eines solchen erworben ist, L. 26. 34. D. h. t.; g) für die Forderung auf Rückgabe des bei einem Banquier (Argentarius) unverzinslich niedergelegten Geldes, L. 24. §. 2. D. h. t. cf. L. 7. §. 2. D. de depos. 16. 3., nach der Praxis aber h) wohl auch überhaupt für die actio depositi directa. — Wer das Geld hergegeben hat zur Befriedigung eines privilegirten Gläubigers, tritt rücksichtlich seiner desfallsigen Forderung in das Vorzugsrecht des abgefundenen Gläubigers ein. L. 24. §. 3. D. h. t. L. 2. D. de cess. bon. 42. 3.

4 Nach römischem Recht haben die erste Stelle die Begräbnißkosten Anm. 3. a.), sodann die Forderung in Anm. 3. g., wenn Rückgabe derselben Geldstücke verabredet war, daneben 2. a. b. und nach der gewöhnlichen Meinung c., dann hiernach 3. f. (dagegen Puchta §. 248. not. v.), endlich nach allen andern 3. g., wenn das Depositum ein sog. depositum irregulare war. Vgl. Puchta Vorles. II. S. 59. fg. Seuffert §. 254. Anders zum Theil nach heutigem Rechte; denn:

5 Absolut privilegirte Forderungen sind: vor allen die wegen der Begräbnißkosten, sodann als gleichberechtigte die wegen der Krankheitskosten (3. b.), des Gesindelohns (3. c.) und rückständiger öffentlicher Abgaben. Vgl. Mühlenbruch §. 273. Sint. §. 94.

6 Was den Sprachgebrauch betrifft, so ist schon dem R. R. der Ausdruck *chirographarii creditores* (oder *debitores*) geläufig: L. 4. Cod. h. t. L. 10.

Cod. qui pot. 8. 18. L. 7. Cod. de novat. 8. 42. L. 38. §. 1. D. h. t. Pauli Sentt. V. 26. §. 4. Die privilegirten heißen privilegiarii creditores. L. 24. §. 3. D. h. t.

§. 228.

So lange der Concurs noch nicht eröffnet ist, behält der Schuldner die Verfügung über sein Vermögen und kann der einzelne Gläubiger für sich rechtmäßig Zahlung seiner Forderung erwirken, mag auch der Schuldner in der That schon zahlungsunfähig seyn [a]. Allein, wenn dieser in der unredlichen Absicht, seine Gläubiger oder auch nur einen von ihnen zu verkürzen, sein Vermögen irgendwie vermindert hat, so können die dadurch wirklich benachtheiligten Gläubiger gegen denjenigen, welcher, jener Absicht kundig, dadurch etwas aus dem Vermögen des Schuldners erhalten hat, die Veräußerung als widerrechtlich (alienatio in fraudem creditorum facta) anfechten [b] und denselben auf vollständige Rückerstattung des Empfangenen nebst Zubehör, so weit sie zu ihrer Befriedigung erforderlich ist [c], belangen [1], ohne daß dieser dagegen Rückerstattung des Gegenstandes seiner Gegenleistung, sofern er nicht noch in dem Vermögen des Schuldners vorhanden ist, fordern könnte [d], jedoch nach Ablauf eines Jahres (annus utilis) seit dem Vermögensverkauf [2] nur mehr, so weit der Beklagte bereichert ist [e], und nur mit gleicher Beschränkung auch die Erben des Empfängers [f]; Unmündige aber und diejenigen, welche unentgeldlich etwas erhalten haben, können, wenn gleich sie der betrügerischen Absicht des Veräußerers unkundig waren, doch auf Erstattung, so weit sie bereichert sind, belangt werden [g]. Aus gleichem Grunde kann nun auch der Gläubiger, welcher wissentlich zum Nachtheil der übrigen Gläubiger Bezahlung seiner Forderung vom Schuldner erhalten hat, zur Rückerstattung angehalten werden, nicht blos, wenn dies erst nach Eröffnung des Concurses geschehen ist [h], sondern auch, wenn und soweit jener schon vorher durch vorzeitige Zahlung mehr, als er fordern konnte [i] (commodum repraesentationis, §. 220.), oder

[a] L. 6. §. 7. D. quae in fraud. cred. 42. 8. [b] Dig. quae in fraudem creditorum facta sunt, ut restituantur. 42. 8. Cod. de revocandis, quae in fraudem creditorum alienata sunt. 7. 75. [c] L. 1. pr. L. 6. §. 8. L. 9. 10. §. 2...5. L. 25. §. 1. D. h. t. cf. L. 45. pr. D. de iure fisci. 49. 14. [d] L. 7. 8. D. h. t. [e] L. 6. §. 14. L. 10. §. 18. 24. D. h. t. [f] L. 10. §. ult. L. 11. D. h. t. (§. 104. Anm. 2.). [g] L. 6. §. 10. 11. L. 25. pr. D. h. t. L. 5. Cod. h. t. [h] L. 6. §. 7. L. 10. §. 16. D. h. t. [i] L. 10. §. 12. L. 17. §. 2. D. h. t.

wenn er etwas anderes, als er zu fordern hatte [k], nicht auch, wenn er, obwohl aus Begünstigung des Schuldners und dieses wissend, nur Bezahlung seiner Schuldforderung [l] erlangt hat [3]. Uebrigens findet obige Klage auch gegen den gleichfalls unredlichen Singularsuccessor des ersten Erwerbers statt [4], und kann auch der betrügerische Schuldner selbst von den Gläubigern belangt werden [m]. Hat der Schuldner in derselben unredlichen Absicht mit Wissen des Andern noch erst Verpflichtungen contrahirt, so wird daraus keine Klage gegeben [n].

Anm. [1] Die Klage, welche zu diesem Zwecke gegeben ist, hat man bisher nach L. 38. §. 4. D. de usur. 22. 1. regelmäßig Pauliana actio genannt und diese als eine persönliche in factum actio aufgefaßt, neben welcher jedoch noch ein nur formell unterschiedenes interdictum fraudatorium im R. R. bestanden habe und außerdem nach §. 6. J. de act. auch eine rescissoria in rem actio bezüglich veräußerter Sachen vorgekommen sey, welche Theophilus ad §. 6. cit. ebenfalls Pauliana actio nennt. Jetzt aber hat Huschke in Linde's Ztschr. n. F. XIV. 1. ausgeführt, daß im R. R. zu dem fraglichen Zwecke drei in mehrfacher Beziehung verschiedene Rechtsmittel gegeben seyen, nehmlich a) die (ältere) Pauliana actio (L. 1. pr. D. h. t. §. 6. J. cit.), wegen betrüglicher Veräußerungen, eine universalis (fictitia) in rem actio, vor wie nach dem Vermögensverkauf anwendbar, vermöge welcher die Veräußerung als nicht geschehen und das Veräußerte als in dem Vermögen des Schuldners (in bonis fraudatoris) geblieben behandelt werde, b) das interdictum fraudatorium, wegen aller vom Schuldner mit Wissen eines Andern vorgenommenen Vermögensminderungen, nur vor dem Vermögensverkauf anwendbar, zu dem Zweck, ohne Aufenthalt das Veräußerte wieder herbeizuschaffen und noch mit zum Verkauf zu bringen, und zu dessen Ergänzung c) eine personalis in factum actio arbitraria, welche erst nach dem Vermögensverkauf, übrigens in demselben Umfange, wie das Interdict, zudem aber auch nach Umständen gegen dritte nicht mitwissende Contrahenten und gegen den Fraudator selbst stattgefunden habe. Indessen steht der angegebene dingliche Charakter der ersten Klage in jener Ausdehnung nicht fest und ist wenigstens im Justinianischen Recht nicht zu erkennen, in welchem dieselbe vielmehr regelmäßig als eine persönliche Delictsklage erscheint, auch sind die von Huschke hervorgehobenen materiellen Unterschiede der drei Klagen noch erheblichen Zweifeln unterworfen, und die formelle Verschiedenheit ist jedenfalls im heutigen Recht weggefallen, weshalb den Resultaten jener Untersuchung wesentlich nur eine rechtshistorische Bedeutung zukommt. Vgl. Brinz Pand. I. §. 123. Anstatt des Interdicts ist übrigens in der heutigen Praxis ein summarisches Verfahren üblich geworden, um betrüglich Veräußertes provisorisch auf bloße Bescheinigung zu Concursmasse einzuziehen.

k arg. L. ult. D. quib. ex caus. in poss. 42. 4. cf. L. 6. §. 6. in f. L. 10. §. 13. L. 22. D. h. t. l L. 6. §. 6. 7. D. h. t. cf. L. 129. D. de R. J. m L. 1. pr. in f. L. 25. §. 7. D. h. t. cf. L. 10. §. 24. eod. n L. 25. D. de reb. auct. iud. 42. 5.

2 Huschke S. 64. 99. läßt diesen Anfangspunkt des annus utilis nach L. 10. §. 18. D. h. t. („ex die venditionis bonorum") nur für die in factum actio (Anm. 1. c.) gelten, während für die Pauliana actio und das interdictum fraudatorium (Anm. 1. a. b.) das Jahr von der Zeit der widerrechtlichen Veräußerung an zu rechnen sey (L. 6. §. 14. D. h. t. „ex die factae venditionis, cf. L. 1. pr. L. 10. pr. eod.). Dagegen Brinz S. 533.

3 Ueber diesen Punkt bestehen sehr verschiedene Meinungen: a) Alle aus bloßer Begünstigung eines Gläubigers (per gratificationem) von dem zahlungsunfähigen Schuldner vor der Concurseröffnung geleisteten Zahlungen sollen anfechtbar seyn. Diese früher sehr gewöhnliche sog. Gratificationstheorie ist nach not. l. entschieden falsch. b) Dasselbe soll wenigstens gelten, sofern der befriedigte Gläubiger conscientiam fraudis hatte; so Laspeyres im civ. Arch. XXI. 2., arg. L. 6. §. 1. 2. D. 42. 5. L. 24. 25. §. 1. D. h. t. L. 96. pr. D. de solut. 46. 3.; dagegen Vang. III. §. 697. Puchta §. 380. Vgl. Francke im civ. Arch. XVI. 5. Huschke S. 33. c) Doch soll die Zahlung einer naturalis obligatio der Pauliana actio unterliegen: Francke S. 269. Huschke S. 32.; dagegen Vang. a. a. O. Brinz S. 531. d) Selbst datio in solutum soll unanfechtbar seyn: Puchta §. 380. und Vorles. II. S. 228. Brinz S. 531. dagegen Francke S. 262. fg. Vang. §. 697. a. E. Bayer a. a. O. S. 70. not. 9. e) Vorzeitige Zahlung einer Schuld, deren Zahlungszeit erst nach der Concurszeit eingetreten wäre, soll nicht blos quoad commodum repraesentationis, sondern ihrem ganzen Betrage nach anfechtbar seyn: Francke 266. fg. Laspeyres S. 75. fg.; dagegen Puchta Vorles. S. 227. Vang. a. a. O. — Bestellung eines Pfandes kann unzweifelhaft die Klage begründen (not. k.) — Vgl. überhaupt noch Holtzschuher I. S. 223. II. 2. S. 1017. fg.

4 L. 9. D. h. t. Is, qui a debitore, cuius bona possessa sunt, sciens rem emit, iterum alii bona fide ementi vendidit: quaesitum est, an secundus emtor conveniri potest? Sed verior est Sabini sententia, bona fide emtorem non teneri, quia dolus ei duntaxat nocere debeat, qui eum admisit; quemadmodum diximus, non teneri eum, si ab ipso debitore ignorans emerit; is autem qui dolo malo emit, bona fide autem ementi vendidit, in solidum pretium rei, quod accepit, tenebitur. Das argumentum a contrario aus dieser Stelle zum Nachtheil des unredlichen dritten Erwerbes verwirft als unzulässig Huschke S. 58., mit uns für schlüssig hält es Brinz S. 531.

III. Entstehung der Obligationen.

§. 229.

Entstehungsgründe von Schuldverhältnissen sind 1) Rechtsgeschäfte (§. 58. 63), und zwar vorzüglich a) Rechtsgeschäfte, welche nach dem vereinigten Willen beider Theile, des zu Berechtigenden wie des zu Verpflichtenden, auf Begründung einer Obligatio

absichtlich gerichtet sind, d. i. Verträge, obligatorische oder Schuldverträge (§. 63.), b) einseitige auf Uebernahme einer Verbindlichkeit absichtlich gerichtete Willenserklärung von Seiten des sich Verpflichtenden, Pollicitatio, die nur ausnahmsweise eine Obligatio wirklich erzeugt, c) Handlungen, welche, obwohl eine rechtliche Wirkung bezweckend (§. 63.), doch nicht wesentlich auf Erzeugung einer Obligatio gerichtet sind, gleichwohl aber eine solche hervorbringen, die man denn Quasicontractus nennen kann; 2) unerlaubte Handlungen (§. 84.); 3) Zustände, zufällige Umstände, aus welchen nach rechtlicher Vorschrift eine Obligatio entspringt, ohne daß eine Handlung von der einen oder andern Seite vorauszusetzen ist. Bei diesen Entstehungsgründen der Obligationen kommt dann noch in Frage, inwiefern deren Wirkung auch auf andere Subjecte sich erstrecke, als diejenigen, für deren Person der obligatorische Grund eingetreten ist.

Anm. Ueber die römischen Eintheilungen vgl.: a) Gai. III. 88. Omnis obligatio vel ex contractu nascitur vel ex delicto. b) L. 1. D. de O. et A. 44. 7. (Gai. lib. 2. aureor.): Obligationes aut ex contractu nascuntur, aut ex maleficio, aut proprio quodam iure ex variis causarum figuris. c) §. 2. J. de obl. 3. 13. Sequens divisio (obligationum) in quatuor species deducitur: aut enim ex contractu sunt, aut quasi ex contractu, aut ex maleficio, aut quasi ex maleficio. cf. J. 3. 27. *de obligationibus quasi ex contractu.* J. 4. 5. *de obligationibus, quae quasi ex delicto nascuntur.* L. 5. D. l. c. (Gai. lib. 3. aureor.) — „Eine sehr tumultuarische Classification gibt Modestinus in L. 52. eod." Obligamur aut re, aut verbis, aut simul utroque, aut consensu, aut lege, aut iure honorario, aut neccessitate, aut ex peccato. Puchta §. 249. vgl. Sint. §. 95. Ueber die ganze Lehre Sav. Obl. II. §. 51. u. 85.

A. Rechtsgeschäfte.

§. 230.

In Ansehung der Rechtsgeschäfte als Entstehungsgrund von Obligationen kommen die allgemeinen Grundsätze über dieselben, sowie über Handlungen überhaupt, zur Anwendung (§. 59...79.). Hiernach können denn insbesondere Rechtsgeschäfte, namentlich Verträge, solcher Personen, denen die dazu erforderliche Handlungsfähigkeit fehlt, nicht Entstehungsgrund einer wirksamen Verpflichtung für diese Personen seyn [a]. Indessen kann daraus wohl mittelbar

[a] L. 5. D. de R. J. L. 1. §. 12. 13. D. de O. et A. 44. 7. (§. 59.)

durch Hinzutreten eines andern Grundes, ex re [b], namentlich wegen einer ihnen zugegangenen Bereicherung [c], eine vollkommene Verbindlichkeit für sie hervorgehen. Insofern kann insbesondere auch ein Unmündiger in Folge eines ohne Auctoritas des Tutors vorgenommenen Rechtsgeschäftes vollkommen wirksam verpflichtet werden [d], während dieses unmittelbar und an sich solche Wirkung nicht hat [e].

Anm. Eine alte Streitfrage ist es, ob der pupillus infantia maior durch Rechtsgeschäft nicht eine naturalis obligatio contrahire, auch abgesehen von dem Fall der Bereicherung (not. d.), in welchem eine klagbare nur ihrem Grunde nach als naturalis bezeichnete Obligatio besteht? Die Stellen in not. e. verwerfen eine Obligatio des Pupillen theils schlechthin *(nulla obligatio est, non obligari pupillum)*, theils iure civili (oder more nostrae civitatis). Aber a) in zwei Stellen wird ausdrücklich auch eine naturalis obligatio geläugnet: L. 59. D. de O. et A. 44. 7. Pupillus pecuniam mutuam accipiendo *ne quidem iure naturali obligatur.* L. 41. D. de cond. indeb. 12. 6. Quod *(Si quod?)* pupillus sine tutoris auctoritate promiserit, solverit, repetitio est, *quia nec natura debet.* Vgl. auch L. 16. pr. D. de minor. 4. 4. Dagegen b) nehmen andere Stellen eine solche an, und zwar nach verschiedenen Beziehungen *α)* L. 1. §. 1. D. de novat. 46. 2. cf. Gai. III. 119. *β)* L. 42. D. de iureiur. 12. 2. L. 44. 95. §. 4. D. de solut. 46. 3. cf. L. 127. D. de V. O. 45. 1. L. 35. D. de recept. 4. 8. *γ)* L. 19. §. 4. D. de donat. 39. 5. L. 95. cit. §. 2. 4. L. 21. pr. D. ad leg. Falc. 35. 2. L. 25. §. 1. D. quando dies. 36. 2. *δ)* L. 64. pr. D. ad Sc. Trebell. 36. 1. Vgl. auch noch L. 3. §. 4. in f. D. de neg. gest. 3. 5. Die verschiedenen Hauptmeinungen sind hiernach: 1) Ohne Bereicherung, deren Existenz aber in verschiedenen Fällen supponirt werde, entstehe überall keine naturalis obligatio des Pupillen oder nur in einem ganz uneigentlichen rein factischen Sinne. So Puchta §. 237. not. h. (vgl. Holzschuher II. 2. S. 4.), mit zum Theil scharfsinniger, aber auch zum Theil unrichtiger oder gezwungener Erklärung der Stellen, namentlich unter *α. β.* 2) Es sey zu unterscheiden zwischen infantiae und pubertati proximi. Donell. XII. cap. 22. 3) Es entstehe in jedem Falle eine naturalis obligatio mit allen regelmäßigen Wirkungen, z. B. Göschen §. 428. Rudorff Vormundsch. II. S. 280. Sav. Obl. I. S. 61. fg. (obwohl einen Widerspruch zwischen den Stellen unter a und b anerkennend), und Scheurl a. a. O. S. 508. (welcher den Widerspruch noch beseitigen zu können meint); jedoch nur mit der Beschränkung, daß die vom Pupillen als solchem ohne Tutor geleistete Zahlung zurückgefordert werden könne:

b L. 46. D. l. c. c L. 1. §. 2...L. 3. D. commod. 13. 6. L. 14. D. de cond. indeb. 12. 6. d L. 5. pr. §. 1. D. de auct. tut. 26. 5. L. 3. §. 4. D. de neg. gest. 3. 5. L. 1. §. 15. D. depos. 16. 3. cf. L. 4. §. 4. D. de doli exc. 44. 4. L. 13. §. 1. L. 14. D. de cond. indeb. 12. 6. e §. 3. J. quib. mod. obl. toll. 3 20. L. 9. pr. D. de auct. 26. 8. L. 8. §. 15. D. ad Sc. Vell. 16. 1. L. 1. Cod. de inutil. stip. 8. 39. cf. L. 43. D. de O. et A. 44. 7. L. 8. pr. D. de adquir. 29. 2.

Büchel Erörter. II. Seite 68. fg. Vang. I. §. 279. Schultze de naturali pupillorum obligatione, Gryphiae 1853.; auch mit Ausschließung der (praktisch am meisten bedenklichen) Geltendmachung durch Compensation: Christiansen, zur Lehre von der nat. obl. S. 120. 4) Es entstehe zwar eine naturalis obligatio, die aber gegen den Pupillen selbst überhaupt der regelmäßigen Wirkungen entbehre. Brandis in Linde's Ztschr. VII. S. 149. fg. Vgl. auch Weber nat. Verbindl. §. 71. Roßhirt in seiner Ztschr. I. 2. S. 130. fg. Unterholzner I. §. 78. Die letzte Ansicht läßt sich mit den obigen Stellen am ersten vereinigen. In anderer Weise vermittelnd ist die Ansicht von Brinz krit. Bl. III. S. 14. 57. Vgl. dessen Pand. I. S. 572. 575. Eine neue Untersuchung dieser Frage hat Goldschmidt unternommen im civ. Arch. XXXIX. 17., welche vorerst der Ansicht unter Nr. 3. entgegentritt. — Ueber Verpflichtungen Minderjähriger vgl. §. 59. Anm. 2. und §. 452.

1) Verträge.

a) Eingehung von Schuldverträgen.

§. 231.

α) Willenserklärung.

Ein Schuldvertrag ist die gegenseitig erklärte Einigung des Willens verschiedener Personen, welcher auf Begründung einer Verpflichtung der einen oder beider zu einer obligatorischen Leistung gerichtet ist. Wesentlich also ist dazu ein Versprechen von der einen, und Annahme desselben (Acceptation) von der andern Seite (einseitiger Schuldvertrag), oder gegenseitiges Versprechen und dessen Annahme von beiden Seiten (zweiseitiger oder gegenseitiger Schuldvertrag). Der Vertrag ist geschlossen (perfect), wenn über alle wesentlichen Punkte der einige Wille der handelnden Personen (der Paciscenten oder Contrahenten) in bindender Absicht (und in der gehörigen Form §. 232.) erklärt ist [a]. Unverbindlich also sind 1) einseitige Aufforderungen oder Anerbietungen (Propositionen) zur Vertragschließung, selbst wenn sie in ein förmliches Versprechen eingekleidet sind, so lange nicht deren Annahme von der andern Seite erklärt ist; die Annahme aber ist wirkungslos, wenn sie erst erfolgt, nachdem das Anerbieten, ausdrücklich oder stillschweigend, zurückgenommen ist [b]; 2) beiderseitige vorbereitende Verhandlungen über einen einzugehenden Vertrag (Tractate), so lange nicht die Einigung des Willens wirklich zu Stande gekommen und erklärt

[a] L. 1. §. 1...3. D. de pact. 2. 14. cf. L. 9. D. de contrah. emt. 18. 1. [b] arg. L. 2. §. 6. L. 10. D. de donat. 39. 5. cf. L. 4. pr. D. de manum. vind. 40. 2.

ist. Doch kann wohl das Ergebniß solcher Unterhandlungen schon in bindende Verträge (pacta praeparatoria) gefaßt und so namentlich vorerst festgestellt werden, daß ein gewisser Vertrag geschlossen werden solle, pacta de contrahendo, woraus denn ein Anspruch auf das Interesse wegen nicht erfolgender Abschließung des verabredeten Vertrags hervorgehen kann [c]. Eine vorläufige schriftliche Aufzeichnung der beiderseitig angenommenen wesentlichen Punkte eines Vertrags, welcher aber noch erst in einer besondern Form zum Abschluß kommen soll (sog. Punctation), kann bald schon einen vollkommenen Vertrag in sich schließen, bald die Bedeutung eines pactum de contrahendo, bald den Charakter bloßer Tractate haben: dies hängt theils von der Absicht der Contrahenten, theils von der Natur und Bedeutung der noch fehlenden Form ab (§. 232.).

Anm. [1] Die Erklärung der Annahme eines Versprechens kann diesem vorausgehen, in Form eines Gesuches oder einer Frage, wie bei der römischen Stipulation. Vgl. Seuffert's Arch. IV. 33.

[2] Zwischen den beiderseitigen Willenserklärungen kann eine Zwischenzeit verlaufen. Es kommt auf die Umstände an, wie lange man eine Proposition noch als fortdauernd ansehen könne; die voraus erklärte Annahme eines zu gebenden (einseitigen) Versprechens wird in der Regel länger wirksam bleiben, als das Anerbieten zur Eingehung einer (einseitigen oder gegenseitigen) Verpflichtung. L. 1. §. 1. D. de V. O. 45. 1. (cf. L. 12. pr. D. de duob. reis. 45. 2.) bezieht sich nur auf den formellen Act der Stipulation.

[3] Ein Vertrag kann auch unter Abwesenden geschlossen werden, indem sie einander ihren Willen durch Mittelspersonen (Boten) oder durch Briefe kund geben. L. 2. pr. D. de pact. 2. 14. L. 1. pr. . . . §. 2. D. mand. 17. 1. Streitig ist, wann hier der Vertrag geschlossen, Widerruf des dazu gemachten Vorschlags unwirksam sey? ob a) sobald die Annahme des letzten innerhalb angemessener Zeitfrist irgendwie oder wenigstens durch Absendung der Antwort erklärt, wenn gleich dem Proponenten noch nicht kund geworden ist? und zwar vorausgesetzt, daß zu dieser Zeit der Proponent einen Widerruf noch nicht hat abgehen lassen? Puchta §. 251. not. c.; oder nur, daß dem Acceptanten ein solcher zur Zeit noch nicht bekannt war? Wening im civ. Arch. II. 25. Sint. §. 96. not. 14. Holzschuher II. 2. S. 256. fg.; oder ob b) erst dann, wenn auch dem Proponenten die Annahme von der andern Seite kund geworden ist? Hasse im Rhein. Mus. II. S. 371. fg. Mühlenbruch in der doctrina pandt. §. 331. (anders in der deutschen Ausgabe §. 331. not. 3. 5.). Die letzte Ansicht ist die consequentere, erleidet jedoch nothwendig eine Modification, insofern ein Vorschlag so auszulegen ist, daß der andere Theil sofort darauf rechnen und dadurch zu entsprechendem Handeln sich bestimmen lassen darf, und der Proponent demgemäß auch seinerseits gebunden seyn soll. arg. L. 1. §. 2. D. L. 15.

[c] cf. L. 68. D. de V. O. 45. 1.

26. §. 1. mand. 17. 1. Auch ist wohl bei Absendung eines Boten, der beauftragt ist, die Gegenerklärung zu empfangen, die diesem gegebene Erklärung als dem Absender gegebene zu betrachten. Vgl. noch Seuffert §. 256. not. 2. Seuffert's Arch. I. 194. III. 310. V. 116. VII. 16. Abweichend ist wieder Scheurl Beitr. I. S. 301. fg., indem er die Ankunft der Antwort an ihrem Bestimmungsorte, nicht aber die Kenntnißnahme davon als das entscheidende Moment ansieht. Dagegen in den Jahrb. für Dogmatik II. 5. führt derselbe die Ansicht aus, daß eine ausdrückliche Einwilligungserklärung schon durch den ersten Schritt zu ihrer Uebermittelung an den Offerenten vollendet werde, die stillschweigende unmittelbar durch die Handlung, aus welcher auf die Einwilligung zu schließen ist, und bestimmt in entsprechender Weise auch die Wirksamkeit des Widerrufs. Darnach soll z. B. der brieflich antwortende als Acceptant schon gebunden seyn, wenn er den Brief seinem Bedienten nur zur Beförderung auf die Post übergeben hat, ja sogar, wenn er selbst ihn nur in die Tasche steckt, um ihn zur Post zu bringen; er begeht einen Vertragsbruch, wenn er dem Bedienten den Brief wieder abnimmt oder sich unterwegs eines andern besinnt und das Schreiben unterschlägt. — Wünschenswerth sind hierüber besondere gesetzliche Bestimmungen, dergleichen z. B. das preuß. LdRt I. 5. §. 90. 96. fg. enthält. Vgl. Koch II. S. 70. fg. Vgl. jetzt noch Bekker im Jahrb. d. gem. Rechts II. 11. und III. S. 116. fg.

4 Eine eigenthümliche Weise der Einleitung zu einem Vertrage ist die Versteigerung, darin bestehend, daß die Eingehung eines Vertrages über eine bestimmte Leistung einerseits demjenigen proponirt wird, welcher die dem Proponenten vortheilhaftesten Bedingungen stellen würde, dem Meistbietenden oder dem Wenigstnehmenden; bei Verkäufen Auction oder Subhastation genannt, für manche Fälle gesetzlich vorgeschrieben: a) L. 2. 3. Cod. de execut. rei iud. 7. 53. L. 2. Cod. si in causa iud. pign. 8. 53. b) L. 2. Cod. de fide et iure hastae fiscalis. 10. 3. c) Nov. 120. cap. 6. §. 2. d) L. 3. Cod. de locat. praet. civ. 11. 70. Nach Puchta §. 252., vgl. Vorles. II. S. 70., ist dabei, in Ermangelung besonderer Bestimmungen oder Vorbehalte, „das Richtige, jedes Gebot als wirkliche Abschließung des Vertrags zu betrachten, aber mit der zu Gunsten beider Contrahenten beigefügten Bedingung, wenn sich nicht innerhalb der gesetzten (bestimmten oder durch Arbitrium, z. B. des Auctionators zu bestimmenden) Zeit ein vortheilhafterer Contrahent finden werde." Holzschuher II. 2. S. 264. 254. fg. Dagegen behauptet E. A. Seuffert (diss. de auctione, Monachii 1854.) als Regel, daß zwar der Bieter bedingt gebunden sey, dem Versteigerer aber freistehe, in Ermangelung angemessener Steigerung des Preises den Zuschlag zu verweigern und die Sache zurückzuziehen. Ueber abweichende Meinungen Anderer s. Glück XVI. S. 269. fg. Sint. II. S. 250 . . . 254. Seuffert l. c.

§. 232.

β) Form der Verträge.

Bei der Eingehung obligatorischer Verträge, wie anderer Rechtsgeschäfte (§. 64.), kann die Beobachtung einer gewissen Form in

Betracht kommen, sey es um den Beweis derselben zu ermöglichen oder zu erleichtern, oder um die Klagbarkeit oder Gültigkeit der Verträge zu begründen [1]. Formen, von welchen blos die Beweisbarkeit des Schuldvertrags abhinge, kennt das gemeine Recht gar nicht [2]; solche, durch welche die Gültigkeit desselben bedingt ist, als gesetzlich vorgeschriebene nur ausnahmsweise [a]. Ist aber durch den Willen der Parteien eine besondere Vertragsform festgesetzt, namentlich schriftliche Abfassung, z. B. eines Kaufvertrages, so ist deren Vollendung, wozu bei schriftlicher Abfassung die Unterschrift der betreffenden Urkunde durch beide Theile gehört, im Zweifel als Bedingung der bindenden Kraft des Vertrages anzusehen, so daß bis dahin keine Verbindlichkeit, auch nicht zur Abschließung des Vertrags, entsteht [b]. Auch die Klagbarkeit der Verträge ist nach heutigem gemeinen Rechte nicht von der Beobachtung einer bestimmten Form abhängig, obgleich dies nach römischem Rechte in großem Umfange der Fall war und dem Vertragssystem desselben sogar die Regel zum Grunde lag [c], daß aus dem einfachen formlosen Vertrage an sich, abgesehen von einer hinzukommenden Leistung des einen Theils, nur wenige aber wichtige Fälle ausgenommen, eine klagbare Forderung nicht hervorgehe [3].

Anm. [1] Zur Vergleichung des R. Rts mit neuern Gesetzgebungen in dieser Beziehung s. Arndts, über schriftliche Abfassung der Verträge in Ulrich's Arch. für preuß. Rt. I. S. 132...173.

[2] Eine processualische Frage ist es, inwiefern eine besondere Art des Verfahrens (Executivproceß) zur Geltendmachung einer Forderung durch besondre Beurkundung derselben bedingt sey. Eine solche Bedeutung hat die Form auch bei Wechselforderungen (daher Wechselproceß), worüber das deutsche Privatrecht zu vergleichen ist.

[3] L. 7. §. 4. D. de pact. Nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem. L. 15. D. de praescript. verb. 19. 5. „ex pacto actionem non oriri". Pactum oder Pactio heißt im Allgemeinen die bloße irgendwie erklärte Uebereinkunft. Nur unter bestimmten Voraussetzungen erzeugt diese nach R. R. eine civilrechtlich klagbare Obligatio und wird zum Contractus,

[a] z. B. L. 34...36. Cod. de donat. 8. 54. (§. 81.). Nov. 120. cap. 6. §. 2. (§. 188. not. c. d.). [b] L. 17. Cod. de fide instrum. 4. 21. (Justinian.). pr. J. de emt. vend. 3. 23. cf. L. 4. D. de fide instrum. 22. 4. [c] L. 7. pr...§. 2. 4. D. de pactis. 2. 14. L. 13. 28. Cod de pactis. 2. 3. L. 1. §. 2. D. de permut. 19. 4. L. 3. 4. Cod. de rer. permut. 4. 64. cf. Inst. quibus modis re contrahitur obligatio. 3. 14., de verborum obligatione. 3. 15. et. sqq., de litterarum obligatione. 3. 21. de consensu obligationibus. 3. 22. — Dig. de verborum obligationibus. 45. 1. Cod. de contrahenda et committenda stipulatione. 8. 38. — Dig. de praescriptis verbis et in factum actionibus. 19. 5. Cod. de rerum permutatione et praescriptis verbis. 4. 64.

nämlich a) Re, d. h. dadurch, daß von einer Seite etwas hingegeben oder sonst etwas geleistet ist, gegen Verpflichtung zur Rückgabe oder zu einer andern Gegenleistung von der andern Seite. Solche Verträge nennt man Realcontracte; darunter vier benannte Realcontracte, die mit einer eigenthümlichen Klage versehen sind, mutuum, commodatum, depositum, pignus; andere dagegen unbenannte Realcontracte, denen eine im Allgemeinen nicht genauer bestimmte Klage, in factum civilis oder praescriptis verbis actio, entspricht, deren Gestattung erst durch die spätere juristische Doctrin entschieden worden ist, während früher hier nur Rückforderung des Geleisteten stattfand. b) Verbis, d. h. durch bestimmte mündliche Frage und entsprechende Antwort, Stipulation, daher Verbalcontract, ein negotium stricti iuris, wodurch eine einseitige klagbare Obligatio jedes überhaupt möglichen Inhalts begründet und worin jede Art von Verpflichtungen, auch gegenseitige, indem man sie formell in mehrere einseitige auflöste, eingekleidet werden konnten. c) Litteris, d. i. durch geschriebene Worte in gewisser Form, daher Litteralcontract, im justinianischen Recht schon nicht mehr praktisch. In einigen Fällen aber entstand jene Wirkung: d) Consensu, d. i. nudo oder solo consensu, daher Consensualcontracte: emtio venditio, locatio conductio (auch contractus emphyteuticarius), societas, mandatum. Im Gegensatz gegen die unter eine dieser vier Kategorien fallenden Vertragsverhältnisse (contractus) heißen nun andre Verträge im römischen Sprachgebrauch pacta, auch nuda pacta oder nudae pactiones sive conventiones: sie erzeugten keine Klage, und es ist sogar noch sehr streitig, ob sie auch nur eine naturalis obligatio zu begründen vermochten (Sav. Obl. I. §. 9. Brinz krit. Bl. Nr. 3. S. 16. fg. Scheurl Heidelb. Ztschr. I. S. 516.). Doch wurden ausnahmsweise noch einige Verträge außer jenen Contracten klagbar (sog. pacta vestita), theils durch das prätorische Recht (sog. pacta praetoria), theils durch Constitutionen (sog. pacta legitima). — In das praktische Recht der neuern Zeit ist nun aber der römische Formalcontract, die Stipulation, nicht übergegangen; vielmehr ist durch allgemeines Gewohnheitsrecht die Klagbarkeit aller Verträge, sofern sie nur sonst gültig sind, zur Regel, und sind somit eigentlich alle obligatorischen Verträge Consensualcontracte geworden, womit denn zugleich auch die Folgesätze aus der Regel der L. 7. §. 4. cit. weggefallen sind. Nur kann von einer Verbindlichkeit zur Rückgabe natürlich nicht ohne vorhergegangenen Empfang, und kann denn insofern wohl auch noch jetzt von Realcontracten gesprochen werden. Wenn doch auch von Formalcontracten im heutigen Recht noch viel die Rede ist, so hat das nicht den Sinn, als ob die Klagbarkeit eines Vertrages noch von einer bestimmten Form abhängig sey, sondern bezieht sich nur auf Verschiedenheiten in processualischer Beziehung (§. 233. Anm. 2.). Vgl. überhaupt: Roßhirt, von dem Vertragssystem bei den R. u. d. jetzigen gem. Rts., in dessen Ztschr. III. S. 153. fg.; Liebe, die Stipulation und das einfache Versprechen. Braunschweig 1840.; von der Pfordten, über die Klagbarkeit der Vertr. nach R. u. heut. Rt., in dessen Abh. Nr. 3.; Gneist die formellen Verträge des neuern R. Rts. Berlin 1845. Sav. Obl. II. §. 72...78. Schlesinger, zur Lehre von den Formalcontracten und der querela non numeratae pecuniae. Leipzig 1858.

b) Inhalt der Schuldverträge.

§. 233.

Zweck des Schuldvertrags ist die Hervorbringung einer Obligatio. Der Inhalt desselben muß also von solcher Beschaffenheit seyn, daß daraus eine Obligatio hervorgehen kann (§. 202.). Das Versprechen einer Leistung von Seiten eines Dritten oder zu Gunsten eines Dritten erzeugt daher eine Verbindlichkeit oder Forderung des einen oder andern Contrahenten nur insofern, als auch dieser dadurch sich zu etwas anheischig macht [a], oder (beziehungsweise) bei der Erfüllung der Leistung an den Dritten irgend ein Interesse hat [b]; ohnedies erzeugt es keine Obligatio, es möchte denn der Vertrag (nach (§. 245...248.) für den Dritten eine solche zu bewirken geeignet seyn. Zum Wesen des Schuldvertrags gehört übrigens immer, wie zu jeder absichtlichen Aenderung in Vermögensverhältnissen, ein gewisser rechtlicher Zweck, der den nächsten juristischen Beweggrund enthält, aus welchem die Verpflichtung eingegangen wird (Verpflichtungsgrund, causa), und so denn zugleich den juristischen Charakter des Rechtsgeschäfts näher bestimmt. Dieser Zweck kann bestehen in einer reinen Gunstbezeugung für den Berechtigten (Schenkung, donandi causa), oder in der Absicht, einem bestehenden Rechtsanspruche zu genügen (solvendi causa), oder auch nur demselben durch Anerkennung die künftige Geltendmachung zu erleichtern und zu sichern, oder für eine Leistung von der andern Seite eine Rückleistung oder Gegenleistung zu gewähren, für eine Verpflichtung des andern Theils eine Gegenverpflichtung zu übernehmen (credendi causa) [c], oder auch ohne eine Gegenverpflichtung Jemanden doch wenigstens mittelbar durch Bedingung des Versprechens zu einer Handlung oder Unterlassung zu bestimmen, oder sonst irgend einen rechtlichen Zweck zu erreichen [1], z. B. conditionis implendae oder dotis constituendae causa [d]. Ohne solche Absicht und solchen Bestimmungsgrund ist ein ernstlicher Wille, sich zu verpflichten, nicht denkbar; ist dieser gewiß, ein

[a] §. 3. 21. J. de inutil. stip. 3. 19. L. 38. pr. §. 1. 2. L. 81. pr. L. 83. pr. D. de V. O. 45. 1. L. 5. D. de duob. reis. 45. 2. L. 18. 19. D. rat. rem hab. 46. 8. cf. Nov. 115. cap. 6. [b] § 4. 19, 20. J. l. c. L. 38. §. 17. 20...23. D. de V. O. 45. 1. cf. L. 110. pr. eod. [c] L. 2. §. 3. D. de donat. 39. 5. L. 3. §. 10. D. de don. int. v. et u. 24. 1. L. 2. 31. D. de novat. 46. 2. L. 1. D. de reb. cred. 12. 1. L. 1. §. 1. D. de cond. sine causa. 12. 7. §. 2. J. de except 4. 13. (§. 80 Anm. 2. §. 115 not. l.) [d] Cod. de dotis promiss. 5. 11.

andrer Verpflichtungsgrund aber nicht ersichtlich, so ist als solcher die Absicht, eine Liberalität zu üben, vorauszusetzen. Es kann aber auch wohl eine oder eine andere Absicht alternativ oder eventuell dem Verpflichtungsvertrage zum Grunde liegen[2]. Nichtig ist der Schuldvertrag, wenn er nach der ihm zu Grunde liegenden Absicht ein juristisch unmögliches Rechtsgeschäft in sich schließt, z. B. eine ungültige Schenkung[e]. Außerdem aber ist oder wird die eingegangene Verpflichtung unwirksam durch Einrede, insofern wegen Mangels oder Wegfalls ihrer Causa die Forderung und deren Erfüllung als grundlose Bereicherung des Andern angefochten werden kann[f].

Anm. 1 Ueber die causa obligandi vgl. überhaupt Meyerfeldt, die L. v. d. Schenkungen. §. 3. 12. Liebe, über das Wesen und die Eintheilung der materiellen Contracte, in Linde's Ztschr. XV. 3. 10. Gneist, die formellen Verträge S. 113. fg. Windscheid, die Lehre des R. Rechts von der Voraussetzung, Düsseldorf 1850., S. 89. fg. Erxleben, die Condictiones sine causa, I. S. 33. fg. vgl. §. 81. Anm. 2. §. 145. not. 1. Bähr, die Anerkennung als Verpflichtungsgrund, Cassel 1855. (darüber Arndts in d. krit. Ueberschau IV. S. 1. fg., dagegen wieder Bähr in den Jahrb. f. Dogmatik II. 6. 8.), sodann Schlesinger a. a. O. — Vgl. Code Nap. art. 1131. L'obligation sans cause ou sur une fausse cause ou sur une cause illicite ne peut avoir aucun effet. art. 1132. La convention n'est pas moins valable, quoique la cause n'en soit pas exprimée.

2 Nach L. 25. §. 4. D. de probat. 22. 3. (einer vielleicht mit Rücksicht auf L. 13. Cod. de n. n. p. 4. 30. interpolirten Stelle, angeblich von Paulus) hat man die Regel aufgestellt, daß eine Urkunde über ein Versprechen, die nicht den Verpflichtungsgrund angibt (cautio quae indiscrete loquitur, sog. cautio indiscreta), zum Beweise der Schuldverbindlichkeit nicht genüge, und Manche erklären dies dadurch, daß die causa als zur substantia des obligatorischen Versprechens, insbesondere nach R. R. der Stipulation, gehörig, einen Theil des vom Kläger zu beweisenden Klagfundaments bilde. Gneist a. a. O. §. 7. 8. Puchta §. 237. Aber nicht nur ist diese Begründung der fraglichen Bestimmung mit gutem Fug angefochten, sondern auch die Auslegung derselben sehr streitig. Vgl. Windscheid a. a. O. S. 198. fg. Savigny Obl. II. §. 78. Bähr, die Anerkennung, S. 141. fg. Dernburg in der Heidelb. krit. Ztschr. III. S. 508. fg. Schlesinger a. a. O. S. 39. fg. Processualisch wird freilich regelmäßig zu gehöriger Anstellung einer Schuldklage nähere Bezeichnung des ihr zum Grunde liegenden Vertragsverhältnisses, welches auch eine causa promittendi erkennen läßt, erfordert, jedoch in gewissen Fällen auch ohne alle Hindeutung auf diese die Klage zugelassen, wenn auch mit Vorbehalt der Möglichkeit für den Beklagten, wegen Mangelhaftigkeit der Causa dagegen Einwendungen zu erheben. In Rücksicht auf diesen Unterschied

[e] L. 3. §. 10. D. de donat. int. v. et u. 24. 1. cf. L 5. §. 3...5. eod. [f] L. 2. §. 3. D. doli exc. 44. 4. L. 15. D. de fideiuss. 46. 1. L. 1. 3. D. de cond. sine causa 12. 7. L. 5. §. 1. D. de act. emti. 19. 1.

hat man im Gegensatz von sog. materiellen Contracten einen neuen Begriff von Formalcontracten (formellen, auch „negativ formellen" Contracten) aufgestellt, als einseitigen Schuldversprechen, welche in gänzlicher Abstraction von jeder causa obligandi eingegangen, wenn gleich selbstverständlich irgend eine solche voraussetzend, ohne weiters die Schuldklage begründen sollen. Die Theorie der sog. Formalcontracte in diesem Sinn, insbesondere auch die Frage, welche Fälle dahin gehören, ist noch sehr streitig. Vgl. vorzüglich Bähr und Schlesinger a. a. O. Gneist hat seine Ansicht neuerdings vertheidigt in einer Comment. de causae probatione stipulatoris ad Pauli fr. 25. §. 4. D. de probat. Berolini 1858. Dagegen vgl. auch noch H. Witte, die Bereicherungsklagen. Halle 1859. S. 205. fg. 240. fg.

§. 234.

Jenachdem einem Vertrage die Absicht einer Vergeltung für Gewährung eines Vortheils von der andern Seite zum Grunde liegt, oder nur die Absicht, einen Vortheil ohne Vergeltung zu gewähren, theilt man die Verträge ein in entgeltliche oder lästige (onerose), und unentgeltliche oder wohlthätige (lucrative) Verträge. Auch ein einseitiger Vertrag, der nur auf einer Seite eine Verpflichtung erzeugt, kann ein oneroser seyn, wie das verzinsliche Darlehn, und ein lucrativer kann dieses vom entgegengesetzten Standpunkte seyn, als von welchem er als einseitiger erscheint, z. B. das unverzinsliche Darlehn, oder das Commodatum. Zweiseitige (oder gegenseitige) Verträge sind zugleich wesentlich lästige Verträge. Sie sind ihrem Wesen nach darauf gerichtet, zugleich für beide Theile eine Forderung und eine Verbindlichkeit zu begründen. Die beiderseitige Verbindlichkeit wird an sich durch den gegenseitigen Vertrag selbst begründet. Aber wer Erfüllung desselben von der andern Seite fordert, muß auch seinerseits erfüllt haben oder zur Erfüllung bereit seyn [a]; widrigenfalls steht ihm die Einrede unbilligen Begehrens, doli exceptio [b], entgegen, die sog. exceptio non adimpleti contractus oder non rite adimpleti contractus, es möchte denn durch ausdrückliche Bestimmung oder durch den besondern Inhalt des Vertrags für den einen eine spätere Erfüllungszeit als für den andern gegeben seyn [c]; wobei den Beweis der geschehenen Erfüllung (nach §. 114.) der Kläger zu führen hat, sofern die Entstehung seiner Verbindlichkeit aus demselben Vertrage, auf den sich die Klage gründet, unstreitig ist [1]. Uebrigens kann ein gegenseitiger Vertrag zunächst für einen Theil wegen dessen mangelnder

[a] L. 13. §. 8. D. de act. emti. 19. 1. [b] L. 25. D. l. c. L. 5. §. 4. D. de doli exc. 44. 4. cf. L. 5. Cod. de evict. 8. 45. cf. Gai. IV. 126. [c] L. 24. §. 2. D. locati. 19. 2.

Fähigkeit, sich zu verpflichten, oder auch aus objectiven Gründen unverbindlich, gleichwohl aber für den andern bindend seyn [d] (sog. negotium claudicans [2]). Aber auch alsdann kann jener sein Recht aus dem Vertrag nicht geltend machen, ohne auch seinerseits die entsprechende Verbindlichkeit anzuerkennen, und hängt somit die Wirksamkeit des ganzen Vertrags schließlich von der Entscheidung des nicht gebundenen Contrahenten ab [3].

Anm. [1] Ueber diese Frage gibt es eine umfangreiche, wenig fruchtbare Literatur. Vgl. Glück XVII. S. 229. civ. Arch. II. 18. XIV. 9. XVII. 4. 9. XVIII. 15. XX. 15. XXII. 11. Linde's Ztschr. XVI. 7. XVII. 7. Holzschuher II. 2. S. 299...303. „Hätte man sich, statt an den selbsterfundenen Namen (exc. non impleti und non rite impleti contractus), an die Sache gehalten, so wäre unsere Literatur mit einer ziemlichen Anzahl unnützer Schriften verschont geblieben.“ Puchta Vorles. §. 232. Vgl. Vang. §. 607.

[2] L. 13. §. 29. D. 19. 1. Si quis a pupillo sine tutoris auctoritate emerit, ex uno latere constat contractus; nam qui emit, obligatus est pupillo, sibi pupillum non obligat. pr. J. 1. 21. Unde in his causis, ex quibus obligationes mutuae nascuntur, . . . si tutoris auctoritas non interveniat, ipsi quidem, qui cum his contrahunt, obligantur, at invicem pupilli non obligantur.

[3] L. 34. §. 3. D. 18. 1. Si emtor solus scit (rem furtivam esse), non obligabitur venditor, nec tamen ex vendito quidquam consequitur, nisi ultro quod convenerit praestet. L. 7. §. 1. D. 18. 5. „. . . an perinde sit, atque si ab initio sine tutoris auctoritate emisset, ut scilicet ipse non teneatur, sed agente eo retentiones competant.“ Vgl. Brandis in Linde's Ztschr. VII. S. 154. Vang. I. §. 279. Dernburg Compensation S. 70. fg. Nicht richtig die erste Ausgabe mit Sav. III. S. 40. und Puchta §. 67. not. d. §. 232. not. a. Gegen den nichtgebundenen Contrahenten gibt das R. R. keinenfalls die Contractsklage. Vgl. jedoch wieder Mommsen Beitr. III. S. 415. fg.

§. 235.

Es gibt eine Reihe von obligatorischen Verträgen, deren Wesen und Inhalt im Allgemeinen durch einen bestimmten juristischen Begriff, dem auch ein bestimmter Name entspricht, gegeben, und deren Wirkung auch durch allgemeine Rechtsvorschriften geregelt und durch besonders benannte Klage geltend zu machen ist, wenn gleich Abweichungen von der Regel beliebt werden können (§. 65.). Es sind aber außerdem Verträge von unbegränzter Manchfaltigkeit des Inhalts denkbar, die unter bestimmte Begriffe zu stellen unmöglich ist.

[d] pr. J. de auct. tut. 1. 21. L. 5. §. 1. D. de auct. tut. 26. 8. L. 13. §. 29. D. de act. emti. 19. 1. L. 7. §. 1. D. de rescind. vend. 18. 5. cf. L. 34. §. 3. D. de contrah. emt. 18. 1.

Man kann diese noch jetzt unbenannte Contracte und die daraus entstehende Klage praescriptis verbis actio nennen. Aber keineswegs ist dafür die eigenthümliche Theorie des römischen Rechts über contractus innominati jetzt noch maßgebend. Vielmehr erzeugen nun alle diese Verträge, gleich den römischen Consensualcontracten, sofort durch die beiderseitige Einwilligung gegenseitige klagbare Verbindlichkeiten zur Erfüllung der verabredeten Leistungen, mit Ausschließung willkürlichen Aenderns oder Abgehens vom Vertrage, soweit nicht dessen besonderer Inhalt in dieser Beziehung besondere Rechte begründet.

Anm. Betreffend den Inhalt dieser unbenannten Contracte im heutigen Sinn, aber auch ebenso aller lästigen Verträge, kann man noch jetzt unterscheiden nach L. 5. pr. D. de praescript. verb. 19. 5.: Aut do tibi ut des, aut do ut facias, aut facio ut des, aut facio ut facias. Allein nach R. R. entsteht immer erst durch das dare oder facere einerseits eine klagbare Forderung auf das dare oder facere andererseits (§. 232. not. c. und Anm. 3.). Zudem hat aber derjenige, qui dedit aut fecit, wenn der andere Theil seine Gegenleistung nicht erfüllt, auch das Recht, statt auf deren Erfüllung zu klagen, nach seiner Wahl das Geleistete, so weit eine Rückerstattung möglich ist, zurückzufordern, durch condictio ob causam dati causa non secuta, L. 5. §. 1. D. l. c. cf. L. 7. eod., und zwar, wenigstens in gewissen Fällen, nach der bisher herrschenden Ansicht sogar regelmäßig selbst dann, wenn der andere seine Leistung noch nicht widerrechtlich verzögert hat (vermöge des ius poenitendi): L. 3. §. 2. L. 5. D. causa data. 12. 4. Vang. III. §. 599. Erxleben, die Condictiones sine causa II. S. 11. fg. Dies fällt nun nach heutigem Recht (§. 232.) der Regel nach weg, sobald beide Theile sich zu bestimmten Leistungen bindend verpflichten wollten. Doch haben Viele die Fortdauer dieses Rechts in der ersten Anwendung, Einige selbst in der letzten Anwendung als ius poenitendi behauptet, z. B. Schmitthenner, über Verträge, insbesondere das Reuerecht, Gießen 1831. S. 1855. fg. Meyer zu Schweppe's Hdb. III. §. 496. Vgl. dagegen u. a. Vang. §. 599. a. E. Wächter doctrina de condictione causa data causa non secuta in contractibus innominatis. Tubing. 1822. Allerdings aber kann eine Leistung und selbst die Verpflichtung zu einer Leistung noch jetzt den Sinn haben, daß diese nur einer Gegenleistung wegen, zu welcher eine klagbare Verbindlichkeit nicht contrahirt wird, geschehe, als ein datum ob causum futuram, welches causa non secuta zurückgefordert werden kann. Namentlich wird, wenn die verabredete Gegenleistung von Anfang an ohne Interesse für den einen Contrahenten ist, des letzten Leistung nur als ein solches datum ob causam zu betrachten seyn und ist insofern noch anwendbar die L. 7. D. cit.: Si tibi decem dedero, ut Stichum manumittas, et cessaveris: confestim agam praescriptis verbis, ut solvas, quanti mea interest, aut si nihil interest, condicam tibi, ut decem reddas. Vgl. auch Windscheid a. a. O. S. 164. Erxleben a. a. O. S. 473. fg. — Der römischen Theorie der unbenannten

Contracte, mit Ausschluß des ius poenitendi, aber in Anwendung auf alle gegenseitigen Verträge, schließt sich der allgemeine Grundsatz des Code Nap. art. 1184. an: La condition resolutoire est toujours sousentendue dans les contrats synallagmatiques, pour le cas, ou l'une des deux parties ne satisfera point à son engagement.

§. 236.

Der Inhalt eines Schuldvertrages kann so beschaffen seyn, daß es von ungewissen Umständen abhängt, ob er im Erfolg einem Contrahenten Verlust oder Vortheil bringe. Ein solcher Vertrag heißt ein gewagter (aleatorischer) Vertrag, oder Glücksvertrag. Diesen Charakter kann ein Vertrag erhalten 1) durch die Ungewißheit des Gegenstandes, welcher einem Contrahenten als Gegenleistung für eine bestimmte Leistung zugesagt wird, z. B. bei der emtio spei oder rei speratae [a]; 2) durch die Ungewißheit eines Ereignisses, von welchem die Gegenleistung gegen eine unbedingte Leistung abhängt, z. B. beim sog. Ausspielgeschäfte; 3) durch Verpflichtung zu einer verhältnißmäßig schweren Leistung, unter zufälliger Bedingung, gegen eine sichere Leistung von geringerer Bedeutung, wohin die Versicherungsverträge gehören; 4) durch beiderseitige Verpflichtung zu Gewährung eines Gewinns unter Bedingungen, von denen ungewiß ist, ob sie zu Gunsten des einen oder andern sich entscheiden werden; dahin gehören Gewinnspiele (ludi aleatorii) und Wetten (sponsiones). Die letzten sind verbindlich, sofern sie nicht Unsittliches enthalten oder ein unerlaubtes Geschäft verdecken [b]. Spielverträge aber erzeugen nach römischem Recht keine Klage; vielmehr kann die gezahlte Spielschuld zurückgefordert werden; ausgenommen solche Spiele, die zur Uebung des Muthes und körperlicher Gewandtheit dienen, mit mäßigen Gewinnsätzen [c].

Anm. 1 Puchta §. 258. erklärt gleich Spielen auch Wetten für unverbindlich, da jene nichts anderes als Complexe zusammenhängender Wetten seyen. Dagegen Vang. III. S. 496. fg. vgl. Wilda in der Ztschr. für deutsches Recht VIII. 8.

2 L. 1 ... 3. Cod. 3. 43. sind nicht glossirt; doch werden sie gewöhnlich als noch anwendbar angeführt, da die Unverbindlichkeit der Gewinnspiele auch in den Digesten anerkannt ist. Wenn aber dieses auch auf die besondere Verjährungs-

[a] L. 8. pr. §. 1. D. de contrah. emt. 18. 1. L. 7. 11. D. de hered. vel act. vend. 18. 4. L. 11. in f. L. 12. D. de act. emti. 19. 1. [b] L. 17. §. 5. D. de praescript. verb. 19. 5. cf. §. 6. J. de V. O. 3. 15. [c] L. 2. §. 1...L. 4. D. de aleatoribus. 11. 5. cf. L. 2. §. 1. D. quar. rer. actio non detur. 44. 5. L. 1...3. Cod. de aleatoribus. 3. 43.

zeit von 50 Jahren für Rückforderung gezahlter Spielschulden ausgedehnt wird (L. 3. Cod. cit. vgl. §. 108. Anm. 1. a. E.), so läßt sich dafür ein entschiedener Gerichtsgebrauch gewiß nicht nachweisen. Uebrigens sind auch abgesehen davon in Betreff der Frage, in wie weit die Bestimmungen des R. Rts heutzutage noch zur Anwendung kommen können, die Meinungen sehr verschieden. Vgl. Phillips deutsches Privatrecht §. 81. Wilda a. a. O. II. 6. Holzschuher II. 2. S. 845 bis 851. Gerber deutsches Privatrecht §. 193. „Dem vielfach bezeugten deutschen Rechtsbewußtseyn entspricht die Aufstellung des Grundsatzes, daß zwar die Rückforderung bezahlter Spielschulden unzuläßig, dagegen aber auch die Klage auf Zahlung noch nicht berichtigter Spielschulden ausgeschlossen sey." So das östr. Gstzb. §. 1271. 1272. und das preuß. Ldr. I. 11. §. 277. 278.

c) Mängel des Willens bei Verträgen.

§. 237.

Das Daseyn und der Inhalt eines Schuldvertrages wird durch den übereinstimmenden Willen der Vertragschließenden bestimmt. Es ist also vor allem ernstlicher und wirklicher Wille beider Theile erforderlich [a]. Daher ist ein simulirter Vertrag kein wirklicher [b] oder wenigstens nicht derjenige, der scheinbar abgeschlossen ist [c], obgleich einseitiges Vorgeben nicht erkennbar gemachter Simulation die Wirkung der ernstlich erscheinenden Willenserklärung nicht schmälern kann. Ist der Wille eines Contrahenten durch Zwang bestimmt worden, so besteht zwar ein Vertrag, aber der Gezwungene kann denselben, von wem auch der Zwang herrühre [d], als unwirksam behandeln und das unter Einwirkung gerechter Furcht Geleistete wieder erlangen [e]. Gleicherweise kann den Vertrag als unverbindlich anfechten, wer durch Betrug (dolus) des andern Contrahenten [f] zur Eingehung desselben verleitet worden ist [g]. Doch kann der verletzte Contrahent auch, sowohl in diesem Falle, als wenn der Fehler nur theilweise den Inhalt des Vertrages betrifft, seinen Anspruch auf bloße Entschädigung beschränken, ohne den Vertrag

[a] L. 5. Cod. plus valere quod ag. 4. 22. [b] L. 3. §. 2. L. 54. D. de O. et A. 44. 7. L. 55. D. de contrah. emt. 18. 1. [c] L. 36. D. l. c. L. 2. 3. Cod. l. c. cf. L. 3. eod. (§. 60.). [d] L. 14. §. 3. D. quod met. 4. 2. L. 4. §. 33. D. de doli m. et met. exc 44. 4. cf. L. 9. §. 1. in f. D. quod met. 4. 2. [e] L. 3...5. 7. 8. 12. cf. L. 10. Cod. de his quae vi. 2. 20. L. 13. Cod. de transact. 2. 4. L. 1. 8. Cod. de rescind. vend. 4. 44. cf. L. 116. D. de R. J. [f] L. 7. §. 10. L. 8. D. de dolo. 4. 3. [g] L. 11. § 5. L. 13. §. 27. D. de act. emti 19. 1. L. 23. D. locati. 19. 2. L. 5. 8. 10. Cod. l. c. L. 10. Cod. de distract. pign. 8. 28. L. 19. D. de novat. 46. 2 cf. α) L. 7. pr. D. de dolo. 4. 3. L. 3. §. 3. D. pro socio. 17. 2. β) L. 34. §. 3. L. 57. §. 3. D. de contrah. emt. 18. 1. L. 36. D. de dolo. 4. 3. L. 4. §. 13. D. de doli exc. 44. 4. L. 154. D. de R. J.

im Ganzen umzustoßen [h]. Die Rechtsmittel, die ihm zu Gebote stehen, sind nach Verschiedenheit der Fälle, die actio oder exceptio quod metus causa, die exceptio doli oder die Klage aus dem Contract. Ein Irrthum in den Beweggründen hat, abgesehen von dem Falle des Betrugs, keinen Einfluß auf die Wirksamkeit des Vertrags [i], sofern er nicht das Daseyn des eigentlichen Verpflichtungsgrundes betrifft (§. 233.). Aber der Irrthum eines oder beider Contrahenten kann von solcher Beschaffenheit seyn, daß er den Vertragswillen des einen oder andern, oder die Uebereinstimmung des Willens beider und daher das Daseyn eines wirklichen Vertrages ausschließt [k].

Anm. Ueber die sonst gangbaren Meinungen bezüglich der vernichtenden Wirkung des dolus oder metus (causam dans) bei den contractus bonae fidei vgl. Sav. §. 114. 115. Puchta §. 56. 57. Vang. §. 605.

§. 238.

Wegen Mangels der Willensübereinstimmung, der ein Mißverständniß unter den Vertragschließenden voraussetzt, ist der Vertrag nichtig: 1) wenn der eine ein Rechtsgeschäft anderer Art im Sinne hat, als der andere [a]; jedoch kann, wer schenken wollte, das in anderer Meinung Angenommene nicht zurückfordern, nachdem es verbraucht ist [b]; 2) wenn der Wille beider nicht auf denselben Gegenstand gerichtet ist (error in corpore), es sey nun, daß sie verschiedene individuelle Sachen [c] oder verschiedene Gattungen oder verschiedene Quantitäten derselben Gattung [d] im Sinn haben, nicht auch, wenn sie blos in Betreff des Namens [e] oder in Betreff des Zubehörs derselben Hauptsache [f] verschiedener Meinung sind; bei einem Mißverständniß über Summe oder Quantität jedoch ist, mit Beschränkung auf den geringeren Betrag, das einseitige Versprechen immer gültig [g], der gegenseitige Vertrag nur dann, wenn derjenige, welcher die Gegenleistung verspricht, den geringern Betrag will [h].

h L. 43. §. 2. L. 68. § 1. 2. D. de contrah. emt. 18. 1. L. 4. pr. L. 9. §. 9. L. 13. §. 4. 5. D. de act. emti. 19. 1. L. 9. pr. D. de dolo. 4. 3. (§. 62. not. g.). i L. 65. §. 2. D. de cond. indeb. 12. 6. L. 3. §. 7. D. de cond. causa data. 12. 4. k L. 57. D. de O. et A. 44. 7.

a L. 3. §. 1. D. de O. et A. 44. 7. L. 9. pr. D. de contrah. emt. 18. 1. L. 18. D. de reb. cred. 12. 1. b L. 18. cit. c L. 9. pr. §. 2. D. de contrah. emt. 18. 1. L. 83. §. 1. L. 137. §. 1. D. de V. O. 45. 1. §. 23. J. de inutil. stip. 3. 19. (§. 145. not. h.) d L. 52. D. locati. 19. 2. e L. 9. §. 1. cit. L. 32. D. de V. O. f L. 34. pr. D. de contrah. emt. 18. 1. g L. 1. §. 4. D. de V. O. h L. 52. cit.

§. 239.

Der Irrthum [1] eines oder beider Contrahenten (einseitiger oder zweiseitiger Irrthum) kann als wesentlicher die Wirkung des Vertrages hindern: 1) wenn er die Identität der Person des andern Contrahenten betrifft, vorausgesetzt, daß man nur mit derjenigen Person, wofür man jenen hielt, den Vertrag eingehen wollte [a]; 2) wenn der Irrthum in Voraussetzung einer Eigenschaft des Vertragsgegenstandes besteht, vermöge deren dieser nach den herrschenden Begriffen zu einer andern Art von Sachen zu rechnen wäre, als wozu er wirklich gehört [2], wobei es jedoch darauf ankommt, ob jene Voraussetzung auch für den Irrenden bestimmend war, den Vertrag so einzugehen, wie er vorliegt, z. B. bei einseitigem Versprechen, wenn der Versprechende die Sache für eine minder werthvolle, bei zweiseitigen Verträgen, wenn entweder der Empfänger dieselbe für eine werthvollere oder der Geber für eine minder werthvolle gehalten hat [b]; 3) wenn bei gegenseitigem Vertrage die Sache, welche Gegenstand der einen Leistung ist, von beiden Contrahenten für unversehrt gehalten wird, während sie in der That schon zur Zeit dem größern Theil nach zerstört ist; in diesem Fall ist nämlich derjenige, welchem sie zu leisten wäre, an den Vertrag nicht gebunden, der dagegen im Fall völliger beiden Theilen unbekannter Zerstörung wegen mangelnden Gegenstandes von selbst nichtig ist [c]. Außerdem kann wegen Irrthums in Betreff der Eigenschaften oder des Umfangs eines Vertragsgegenstandes oder wegen Unredlichkeit des einen Contrahenten nach Verschiedenheit der Umstände ein Anspruch bald auf verhältnißmäßige Minderung der Gegenleistung, bald auf Auflösung des Vertrags, bald auf Leistung des Interesse begründet seyn [d].

Anm. [1] Ueberhaupt vgl. Richelmann, über den Einfluß des Irrthums auf Verträge. Hannover 1837. Herrmann in Linde's Ztschr. III. 6. VII. 4. 11. VIII. 5., vorzüglich aber Sav. III. §. 135 ... 139. und Vang. §. 604. (6. Aufl.) III. S. 277 ... 292.).

[a] L. 32. D. de reb. cred. 12. 1. cf. L. 62. §. 21. L. 66. §. 4. D. de furtis. 47. 2. — L. 25. D. de donat. 39. 5. [b] L. 9. §. 2. L. 10. 11. §. 1. L. 14. 41. §. 1. L. 45. D. de contrah. emt. 18. 1. cf. L. 58. eod. L. 21. §. 2. D. de act. emti. 19. 1. — L. 22. D. de V. O. 45. 1. L. 1. §. 2. D. de pign. act. 13. 7. [c] L. 1. §. 9. D. de O. et A. 44. 7. L. 57. 58. D. de contrah. emt. 18. 1. cf. L. 44. eod. L. 34 ... 36. 38. §. 13. 14. D. de aedil. ed. 21. 1. [d] L. 57. cit. L. 34. §. 2. 3. L. 62. §. 1. D. eod. cf. Dig. de aedil. ed. 21. 1.

2 Beispiele, die in den Quellen vorkommen: Irrthum über das Geschlecht bei einem Sklaven, Verwechslung von Wein und Essig, von Bronze und Gold, von Blei oder anderm unedlen Metall und Silber. Vgl. die Stellen in not. b., insbesondere: a) L. 9. §. 2. D. 18. 1. (Ulp.) Inde quaeritur, si in ipso corpore non erretur, sed in substantia error sit, utputa, si acetum pro vino veneat, aes pro auro vel plumbum pro argento, vel quid aliud argento simile, an emtio et venditio sit? Marcellus scripsit . . . emtionem esse et venditionem, quia in corpus consensum est, etsi in materia sit erratum; ego in vino quidem consentio, quia eadem probe οὐσία est, si modo vinum acuit; ceterum si vinum non acuit sed ab initio acetum fuit, ut embamma (Vulg. *cum emebam*), aliud pro alio veniise videtur; in ceteris autem nullam esse venditionem puto, quoties in materia erratur. L. 10. eod. (Paul.). Aliter atque si aurum quidem fuerit, deterius autem, quam emtor existimaret; tunc enim emtio valet. L. 14. eod. (Ulp.) . . . Utputa coheredes viriolam, quae aurea dicebatur, pretio exquisito uni heredi vendidissent, eaque inventa esset magna ex parte aenea? Venditionem esse constat ideo, quia auri aliquid habuit; nam si inauratum aliquid sit, licet ego aureum putem, valet venditio; si autem aes pro auro veneat, non valet. L. 41. §. 1. eod. (Julian.) Mensam argento coopertam mihi ignoranti pro solida vendidisti imprudens: nulla est emtio pecuniaque eo nomine data condicetur. b) L. 45. eod. (Marcian.) Labeo . . . scribit, si vestimenta interpola quis pro novis emerit, Trebatio placebat, ita emtori praestandum quod interest, si ignorans interpola emerit, quam sententiam et Pomponius probat, in qua et Julianus est, qui ait, si quidem ignorabat venditor, ipsius rei nomine teneri, si sciebat, etiam damni, quod ex eo contingit, quemadmodum si vas (Hal. *quis*) aurichalcum pro auro vendidisset ignorans, tenetur, ut aurum quod vendidit praestet. c) L. 21. §. 2. D. 19. 1. (Paul.) Quamvis supra diximus, quum in corpore consentiamus, de qualitate autem dissentiamus, emtionem esse (Hal. Vulg. *non esse*), tamen venditor teneri debet, quanti interest (Hal. *interest emtoris, se*) non esse deceptum, etsi venditor quoque nesciat, veluti si mensas quasi citreas emat, quae non sunt. d) L. 22. D. 45. 1. (Paul.) Si id, quod aurum putabam, quum aes esset, stipulatus de te fuero, teneberis mihi huius aeris nomine, quoniam in corpore consenserimus; sed ex doli mali clausula tecum agam, si sciens me fefelleris. — Sav. und Vang. a. a. O.

3 Ueber die Frage, ob es in den Fällen dieses §. auf die Entschuldbarkeit des Irrthums ankomme, vgl. Sav. S. 263. 264. „die unabsichtliche Erklärung ohne Willen beruht darauf, daß der Handelnde ein gültiges Rechtsgeschäft einzugehen glaubt, in der That aber dasjenige, was zu einem solchen nöthig wäre, nicht will. . . . Es folgt daraus, daß hier der Irrende frei von jeder Verbindlichkeit bleibt, ohne Unterschied, ob er diesen Irrthum nicht vermeiden konnte oder nicht." Dagegen Herrmann a. a. O. III. S. 200. fg. VII. S. 254. fg. Vgl. Seuffert's Arch. VII. 19.

§. 240.

d) Bestärkung der Verträge.

Ein Vertrag kann eine besondre Bestärkung erhalten:

1) durch Eid (§. 115.). Nach römischem Rechte zwar gibt dieser dem Vertrage keine größere juristische Kraft, als er ohnehin schon hätte [a]; nur daß der Eid eines Mündigen die Ausschließung der Restitution wegen Minderjährigkeit begründen kann [b]. Aber eine Verordnung von Friedrich I. [c] schließt die Anfechtung selbst an sich nichtiger Veräußerungsgeschäfte im Fall eidlicher Bekräftigung aus [1], und nach den Grundsätzen des canonischen Rechts werden überhaupt Rechtsgeschäfte, welche, nicht von an sich verwerflichem oder rechtswidrigem Inhalt [d], nur nach einer positiven Rechtsvorschrift ungültig wären, als wirksam angesehen [e], wenn sie von demjenigen, zu dessen Vortheil deren Ungültigkeit gereicht, durch gültigen Eid bekräftigt sind [2].

2) durch Arrha (Handgeld, Daraufgabe), worunter dasjenige verstanden wird, was als Zeichen eines abgeschlossenen oder abzuschließenden Vertrags gegeben wird. In der Regel hat sie die erste Bedeutung [f], ist eine sog. arrha confirmatoria. Dann ist das Gegebene zurückzugeben, sowohl wenn der Vertrag zur Vollziehung kommt [g], als wenn er wieder rückgängig wird [h], es sey denn ein Anderes, ausdrücklich oder stillschweigend [3], verabredet [i]. Ist sie in Beziehung auf einen erst abzuschließenden Vertrag gegeben (arrha contractu imperfecto data), so verliert sie derjenige, welcher den Vertrag abzuschließen sich weigert; ist dies der Empfänger, so muß er dieselbe in doppeltem Betrage zurückgeben [k].

3) durch einen andern Vertrag; dahin gehört das Versprechen einer Strafe (§. 211.) und das sog. Constitutum [4], woraus die actio de pecunia constituta entsteht [l].

[a] L. 7. §. 16. D. de pactis. 2. 14. L. 5. §. 1. Cod. de legib. 1. 14. Nov. 51. praef. Nov. 82. cap. 11. cf. α) L. 41. Cod. de transact. 2. 4. β) L. 7. pr. §. 1. 2. D. de op. lib. 38. 1. L. 36. D. de manumiss. test. 40. 4. [b] L. 1. Cod. si adv. vend. 2. 28. (§. 119. not. i.). [c] Auth. *Sacramenta puberum* ad L. 1. Cod. l. c. [d] cap. 1. 6. 8. 18. 20. 33. X. de iureiur. 2. 24. cap. 58. de reg. iur. in 6to. [e] cap. 8. 9. 15. 28. X. l. c. cap. 2. de iureiur. in 6to. 2. 11. cap. 2. de pactis in 6to. 1. 8. [f] pr. J. de emt. vend. 3. 23. L. 35. pr. D. de contrah. emt. 18. 1. [g] L. 11. §. 6. D. de act. emti. 19. 1. L. 5. §. 15. D. de instit. act. 14. 3. [h] L. 11. §. 6. cit. L. 2. Cod. quando liceat ab emt. recedere 4. 45. [i] L. 6. pr. L. 8. D. de lege commiss. 18. 3. L. 1. Cod. de pact. int. emt. et vend. 4. 54. [k] pr. J. cit. L. 17. Cod. de fide instrum. 4. 21. L. 3. Cod. de act. emti. 4. 49. [l] Dig. de pecunia constituta. 13. 5. Cod. de constituta pecunia. 4. 18.

Anm. [1] In L. 1. Cod. 2. 28. rescribirt Alexander Severus: Si minor annis viginti quinque emtori praedii cavisti, nullam de cetero te esse controversiam facturum, idque etiam iureiurando corporaliter praestito servare confirmasti, neque perfidiae neque periurii me auctorem tibi futurum sperare debuisti. Ein Streit unter den Glossatoren Bulgarus und Martinus, ob dieses Rescript auch auf nichtige Veräußerung von Mündelgütern sine decreto magistratus zu beziehen sey, wie der letzte behauptete, gab Anlaß zu der als Authentica recipirten Entscheidung von Friedrich Barbarossa: Sacramenta puberum sponte facta super contractibus rerum suarum non retractandis inviolabiliter custodiantur. Per vim autem vel per iustum metum extorta etiam a maioribus, maxime ne querimoniam maleficiorum commissorum faciant, nullius esse momenti iubemus: von welcher freilich Azo unzufrieden sagte: Durabit, quantum Deo placebit. Savigny Gesch. des R. Rts im MA. IV. S. 162. fg. Haenel, dissensiones dominorum, pag. 52. 58. 583. Ueber deren Auslegung vgl. Sint. §. 99. not. 1.

[2] Betreffend die Ausdehnung und heutige Anwendbarkeit des canonischen Grundsatzes wollen Manche nur bei den ausdrücklich entschiedenen Fällen stehen bleiben z. B. Puchta §. 253. Sint. a. a. O., vgl. Mühlenbruch in der Fortsetzung von Glück's Pand. Bd. 38. S. 191. fg. Anders die gemeine Meinung: Vang I. §. 170. Seuffert §. 93.

[3] Bei der lex commissoria wird als stillschweigende Verabredung angenommen, daß der Verkäufer die empfangene Arrha behalten könne, wenn er wegen Zahlungssäumniß des Käufers den Vertrag auflöst. L. 6. pr. D. 18. 3. Manche nehmen zudem nach not. k. an, daß auch bei den sine scriptis vollständig abgeschlossenen Verträgen die Arrha die Natur einer Conventionalstrafe habe. Sav. Obl. II. §. 79. Die Arrha kann aber auch die Bedeutung eines Reugeldes haben, gegen dessen Verlust der Geber vom Vertrage zurücktreten dürfe (sog. arrha poenitentialis).

[4] Constitutum ist überhaupt das Versprechen der Erfüllung einer bestehenden Obligatio (civilis oder naturalis), es sey einer eigenen (constitutum debiti proprii), oder einer fremden (sog. constitutum debiti alieni). Darüber das Nähere in der Lehre von der Bürgschaft (§. 351.) Ueber das sog. constitutum debiti proprii insbesondere vgl. Kuntze, die Obl. S. 196. fg. und Bähr, die Anerkennung als Verpflichtungsgrund, S. 171. 219. mit Schlesinger v. d. Formalcontracten. S. 141. fg.

§. 241.

2) Pollicitatio [a].

Pollicitatio heißt im engern Sinn [1] ein einseitiges Versprechen, das auch ohne Annahme von der andern Seite eine Verbindlichkeit bewirkt, eine Verheißung. Diese Wirkung aber hat 1) das Versprechen zu Gunsten einer Stadtgemeinde [b], aus besonderm Anlaß [c]

[a] Dig. de pollicitationibus. 50. 12. [b] L. 1. pr. L. 3. §. 1. D. h. t. [c] L. 1. §. 1. L. 4. 6. §. 2. L. 7. L. 11. 12. §. 1. L. 13. pr. eod.

(ob iustam causam²), dessen Mangel jedoch durch den Beginn der Ausführung dessen, was nach dem Versprechen geschehen soll (coeptum opus), ersetzt wird[d]. Ist das Versprechen blos in der Absicht zu schenken geschehen, so kann sich der Pollicitant im Fall der Verarmung mit dem fünften Theil seines Vermögens von der Verpflichtung loskaufen; eben so seine Erben; Kinder als Erben aber schon mit dem zehnten Theil des Nachlasses[e]. 2) das Versprechen zum Besten der Kirche oder überhaupt zu einem frommen Zweck, votum, Gelübde[f]. Sodann rechnet man dahin 3) die sog. Auslobung[3], d. i. das öffentlich bekannt gegebene Versprechen an eine unbestimmte Person für den Fall einer gewissen Leistung, welches bindend wird, wenn diese vor ergangenem Widerruf in entsprechender Weise erfolgt, oder wenigstens zum Zweck derselben, mit Rücksicht auf das Versprechen, schon etwas geschehen ist.

Anm. [1] L. 3. pr. D. h. t. Pactum est duorum consensus atque conventio; pollicitatio vero offerentis solius promissum. cf. L. 19. §. 2. D. de aed. ed. 21. 1. Dictum a promisso sic discernitur: dictum accipimus quod verbotenus pronuntiatum est nudoque sermone finitur; promissum autem potest referri et ad nudam promissionem sive pollicitationem et ad sponsum (Hal. *sponsionem*). L. 5. Cod. de contrah. stip. 8. 38. *Nuda pollicitatione* . . . ad praestanda ea, quae promiserat, urgeri quemquam non semper iura permittunt. Verum quoniam praeterea si contra *pactum* fecerit, quanti ea res est, dari tibi stipulanti adversarium tuum promisisse proponas . . . petitioni locum factum esse convenit. L. 43. §. 1. D. de contrah. emt. 18. 1. Quaedam etiam *pollicitationes* venditorem non obligant, . . . veluti si quis hominem luminibus effossis emat et de sanitate *stipuletur*. L. 10. pr. D. de his quae ut indign. 34. 9. „sive chirographum eo nomine dederit, sive nuda pollicitatione repromiserit."

[2] L. 1. §. 1. h. t. Si quidem ob honorem promiserit decretum sibi vel decernendum, vel ob aliam iustam causam, tenebitur ex pollicitatione. L. 4. eod. Propter incendium vel terrae motum vel aliquam ruinam, quae reipublicae contingit, si quis promiserit, tenetur.

[3] So Puchta §. 259. vgl. Sint. §. 96. not. 58. Abweichende Ansichten über die Natur dieses Geschäfts: Mühlenbruch §. 347. Unterholzner I. S. 53. Bülow Abh. über einz. Materien d. bürg. Rts. I. S. 271. fg. Sav. Obl. II. S. 90. fg., welcher ein Klagrecht in diesen Fällen, die er unter dem Gesichtspunkt von Verträgen mit unbestimmten Personen auffaßt, nach gemeinem Recht nicht als begründet anerkennt. Vgl. oben §. 231. L. 3. §. 4. D. de cond.

[d] L. 1. §. 2...5. L. 3. pr. L. 6. §. 1. eod. [e] L. 6. pr. L. 9. 14. 15. eod.
[f] L. 2. D. h. t. cap. 18. X. de censibus. 3. 39.

causa data 12. 4. L. 43. §. 8. 9. D. de furt. 47. 2. L. 15. D. de praescript. verb. 19. 5. (Preuß. Landr. I. 11. §. 988. fg. Entw. e. bürgerl. Gstzb. für Hessen. Abth. IV. Art. 198. fg.). — Ein eigenthümliches Rechtsinstitut im heutigen Verkehr, das Savigny unter denselben Gesichtspunkt stellt, sind die Papiere auf den Inhaber, deren noch sehr streitige Theorie aber dem deutschen Privatrecht angehört.

§. 242.

3) Quasicontracte.

Es gibt Rechtsgeschäfte, die eine Obligatio erzeugen, obgleich die Absicht der Handelnden nicht darauf gerichtet ist, die aber doch eine gewisse Verwandtschaft mit Vertragsverhältnissen haben, und bei welchen daher gesagt wird: quasi ex contractu nasci obligationem [a]. Dahin gehören die Geschäftsführung für Andere ohne Auftrag (negotiorum gestio), vormundschaftliche Verwaltung, und Antretung einer Erbschaft, die letzte in Beziehung auf die Verpflichtung, Vermächtnisse zu zahlen. Das römische Recht zählt dahin auch noch die Zahlung einer Nichtschuld [b], wobei jedoch der Umstand, daß sie dem Empfänger eine grundlose Bereicherung zuwendet, der entscheidende ist, und das Verhältniß unter Miterben und Miteigenthümern [c], welches jedoch schon durch sein Bestehen selbst besondere Verpflichtungen erzeugt.

§. 243.

B. Unerlaubte Handlungen.

Durch Handlungen, die schon an sich, nicht blos in Beziehung auf ein bereits bestehendes Verpflichtungsverhältniß, rechtsverletzend, also unerlaubt sind, d. i. durch Delicte (§. 84.), können eigene Obligationen entstehen, bald zu Schadensersatz (§. 206.), bald zu Strafzahlung (§. 211.), obligationes ex delicto [a]. Es gibt aber einige analoge Fälle, in denen ohne ein wahres Delict oder doch ohne ein Delict des Verpflichteten eine Obligatio entsteht, daher obligatio quasi ex delicto [b]. Schadensersatz ist immer ein und dasselbe juristische Object; daher kann der Beschädigte, wenn oder so weit er einmal Ersatz des erlittenen Schadens erlangt hat, durch keine der verschiedenen ihm etwa zustehenden Klagen noch weitere

[a] Inst. de obligationibus quasi ex contractu. 3. 27. [b] §. 6. 7. J. l. c. [c] §. 3. 4. J. l. c.

[a] Inst. de obligationibus ex delicto. 4. 1. cf. 4. 2...4. Dig. de privatis delictis, 47. 1. [b] Inst. de obligationibus, quae quasi ex delicto nascuntur. 4. 5.

Ersatzansprüche, als solche, mehr geltend machen. Dagegen läßt sich wohl denken, daß eine und dieselbe Handlung nach verschiedenen Gesichtspunkten verschiedene Strafen nach sich ziehe, die dann alle eingefordert werden könnten. Doch scheint das römische Recht die Regel anzuerkennen, daß eine und dieselbe Handlung, die im Ganzen genommen als ein Delict sich darstellt, nicht von mehrfachen Strafen betroffen werde, daß daher in solchem Falle, gleich wie bei Ersatzklagen, wenn einmal die ganze höchste Strafe gezahlt ist, dieselbe Strafe oder eine geringere nicht noch einmal mit einer andern Klage gefordert werden könne (§. 105.). Nach heutigem Rechte sind indessen die Klagen auf Privatstrafen fast durchaus außer Gebrauch gekommen, und hat daher diese Frage als civilrechtliche ihr praktisches Interesse verloren.

Anm. Vgl. Savigny Obligationenrecht II. §. 82...84.

§. 244.

C. Zustände.

Zustände, welche eine Verpflichtung erzeugen, sind z. B. Gemeinschaft von Eigenthum oder Erbschaft, grundlose Bereicherung, Verwandschaft u. a. Weil hier nicht eine Handlung Grund, wenn auch Anlaß, der Verpflichtung ist (ex re venit obligatio), so können auch handlungsunfähige Personen dadurch unmittelbar und vollkommen verpflichtet werden [a].

D. Stellvertretung bei Entstehung von Obligationen.

§. 245.

Die Thatsachen, welche überhaupt eine Obligatio zu begründen geeignet sind, wirken eine Forderung oder Verbindlichkeit der Regel nach zunächst nur für diejenigen Personen, in Beziehung auf welche jene eintreten. Dies gilt insbesondere auch von Rechtsgeschäften [a], was jedoch nicht ausschließt, daß durch Mitwirkung einer dritten Person, als Unterhändler (proxeneta) oder als bloßer Träger der Willenserklärungen (nuntius), das Zustandekommen eines obligatorischen Rechtsgeschäfts vermittelt werde [b]. Indessen kann doch ver-

[a] L. 46. D. de O. et A. 44. 7. (§. 230. not. c. d.).

[a] L. 73. §. 4. D. de R. J. L. 11. D. de O. et A. 44. 7. [b] L. 15. D. de const. pec. 13. 5. L. 1. §. 11. D. depos. 16. 3. L. 1. §. 1. D. mand. 17. 1. Dig. de proxeneticis. 50. 14.

möge eines Verhältnisses der Stellvertretung (§. 76. 77.) die Wirkung der obligatorischen Thatsache auf Andere als die unmittelbar handelnden Personen sich erstrecken. In dieser Beziehung ist Erwerb von Forderungen und Verpflichtung durch Andere zu unterscheiden.

Anm. Vgl. überhaupt Savigny Syst. III. §. 113. Obligationenrecht II. §. 54 ... 60. mit Buchka v. d. Stellvertretung, Brinz krit. Bl. Nr. 2. Dernburg in d. Heidelb. krit. Ztschr. S. 1 ... 21. 296. fg. Scheurl in d. krit. Ueberschau I. 14. Ihering und Scheurl in d. Jahrb. f. Dogm. I. 7. II. 1. 3. (oben §. 76. Anm. 1 ... 3.).

§. 246.

1) Erwerb von Forderungen durch Stellvertreter.

Von dem Grundsatz des alten Rechts, wornach die in der väterlichen Gewalt befindlichen Kinder, gleich dem Sklaven, nothwendig dem Vater erwerben (§. 76.), hat sich im neuesten Recht noch dieses erhalten, daß sie auch Forderungen für den Vater nicht nur in gewissen Fällen nothwendig erwerben [a], sondern auch außerdem freiwillig immer erwerben können, indem sie sich geradezu für den Vater versprechen lassen [b]. Dagegen ist in Ansehung freier Stellvertreter noch im Justinianischen Recht [c] als Regel anerkannt, daß sie durch ihre Handlung unmittelbar nur für sich die Forderung erwerben können und daher auch das Rechtsgeschäft zunächst auf sie selbst als die eigentlich handelnden Personen Bezug nehmen müsse [1]. Allein hat Jemand als Bevollmächtigter für einen Andern in dessen Namen ein Rechtsgeschäft abgeschlossen, so kann der letzte die Abtretung der daraus entstehenden Forderungsklage verlangen [d] oder durch utilis actio die Forderung geltend machen [e]; und können dann auch sogleich die Wirkungen eintreten, welche die dem Schuldner kundgemachte Abtretung der Forderung mit sich bringt (§. 256.), so daß namentlich der andere Contrahent die Erfüllung nur dem Vollmachtgeber oder dessen auch zu deren Annahme bevollmächtigtem Stellvertreter zu leisten hat [f], und daß auch aus der Person des Bevollmächtigten keine Einreden hergenommen werden können,

[a] Inst. per quas personas obligatio nobis acquiritur. 3. 28. cf. de stipulatione servorum. 3. 17. [b] §. 4. J. de inutil. stip. 3. 19. L. 38. §. 17. L. 45. pr. D. de V. O. 45. 1. cf. L. 40. eod. — L. 12. D. de contrah. emt. 18. 1. L. 16. §. 3. 4. D. de lib. causa. 40. 12. [c] L. 11. D. cit. (§. 245. not. a.) cf. L. 1. pr. D. quod iussu. 15. 4. L. 5. §. 6. 7. 9. D. de const. pec. 13. 5. [d] L. 8. §. 10. L. 45. pr. in f. D. mand. 17. 1. [e] L. 27. in f. L. 28. D. de procurat. 3. 3. L. 13. §. 25. D. de act. emti. 19. 1. [f] L. 28. D. cit.

die nicht in dem abgeschlossenen Geschäft selbst ihre Begründung haben [2]. Auf diese Weise findet also im Erfolge dennoch schon nach römischem Recht ein wahrer Erwerb der Forderung für den Vollmachtgeber statt [3]. Die heutige Rechtsansicht aber nimmt nicht nur überall keinen Anstoß daran, daß der Vertrag geradezu auf den Namen des Vollmachtgebers abgeschlossen werde, sondern betrachtet auch den letzten, wofern nur im Namen desselben der Vertrag eingegangen ist, ohneweiters als den eigentlichen Contrahenten, dem unmittelbar und ausschließlich die Forderung aus dem für ihn abgeschlossenen Rechtsgeschäfte erworben werde [4]. Dasselbe gilt, wenn das Rechtsgeschäft ohne Auftrag für den Andern abgeschlossen ist, dieser aber nachher es ausdrücklich oder stillschweigend anerkennt. Und ein gleiches Verhältniß findet ferner auch in dem Fall statt, wenn Vorsteher juristischer Personen für diese, Vormünder für ihre Mündel Verträge schließen [g], obwohl jene freilich, so lange ihr Amt dauert, als Stellvertreter der letzten die erworbene Forderung immer auch auszuüben berechtigt bleiben. Die mittels des Mündelvermögens erworbene Forderung wird dem Mündel selbst dann zugestanden, wenn der Vormund nicht einmal den Willen gehabt hat, für jenen zu contrahiren [h].

Anm. 1 Savigny behauptet, daß diese beschränkende ältere Rechtsansicht schon im R. R. bezüglich aller naturalen, d. i. nicht formalen obligatorischen Rechtsgeschäfte aufgegeben und daher mit dem Wegfall der Stipulatio im heutigen Recht von selbst ganz verschwunden sey: arg. L. 53. D. de acquir. dom. 41. 1. (Modestin. lib. 14. ad. Qu. Muc.?) Ea, quae civiliter acquiruntur, per eos, qui in potestate nostra sunt, acquirimus, veluti stipulationem (Hal. Vulg. *per stipulationem*); quod naturaliter acquiritur sicuti est possessio, per quemlibet volentibus nobis possidere *(volentem nobis possidere?)* acquirimus. Dagegen alle in §. 245. Anm. angeführten Schriftsteller, und noch insbesondere Ruhstrat, über Savigny's Lehre von der Stellvertretung, Oldenburg 1852.

2 Ueber die Stellung des Stellvertreters zu dem abgeschlossenen Rechtsgeschäft, insbesondere über den Einfluß der Kenntniß oder Unkenntniß desselben, wo darauf etwas ankommt: vgl. a) L. 12. 13. D de contrah. emt. 18. 1. In huiusmodi autem quaestionibus personae ementium et vendentium spectari debent, non eorum, quibus acquiritur ex eo contractu actio; nam si servus meus vel filius, qui in mea potestate est, me praesente suo nomine emat, non est quaerendum, quid ego existimem, sed quid ille,

g L. 2. 4. Cod. quando ex facto tutoris vel curatoris minores agere vel conveniri possunt. 5. 39. L. 6. D. eod. 26. 9. L. 2. pr. D. de adm. tut. 26. 7. L. 3. §. 7. 9 D. de const. pec. 13. 5. h L. 2 D. h. t. 26. 9. cf. L. 5. Cod. l. c.

qui contrahit. — Sed si servo meo, vel ei, cui mandavero, vendas sciens fugitivum, illo ignorante, me sciente, non teneri te ex emto verum est. b) L. 51. pr. D. de aed. ed. 21. 1. Quum mancipium morbosum vel vitiosum servus emat et redhibitoria vel ex emto dominus experiatur, omnimodo scientiam servi, non domini, spectandam esse . . . sed si servus mandatu domini hominem emerit, quem dominus vitiosum esse sciret, non tenetur venditor. §. 1. Circa procuratoris personam, quum quidem ipse scierit, morbosum vitiosum esse, non dubitandum, quin, quamvis ipse domino mandati vel negotiorum gestorum sit obstrictus, nihilomagis eo nomine agere possit; at quum ipse ignorans, esse vitiosum, mandatu domini, qui id sciret, emerit et redhibitoria agat, ex persona domini utilem exceptionem ei non putabat opponendam. c) L. 16. §. 2. D. de lib. causa. 40. 12. Tunc habet emtor hanc actionem, quum liberum esse nesciret . . . §. 3. Quare si filiusfamilias emit, si quidem ipse scit, pater ignoravit, non acquisiit patri actionem; hoc si peculiari nomine egerit (Vulg. *emerit*); ceterum si patre mandante, hic quaeritur, an filii scientia noceat? Et puto adhuc nocere, quemadmodum procuratoris nocet. §. 4. Plane si filius ignoravit, pater scit, adhuc dico repellendum patrem, etiamsi peculiari nomine filius emit, si modo pater praesens fuit potuitque filium emere prohibere. L. 22. §. 5. eod. Sed si per procuratorem scientem quis emerit, ei nocet, sicuti tutoris quoque scientiam nocere Labeo putat. L. 17. eod. In servo et in eo, qui mandato nostro emit, tale est, ut si certum hominem mandavero emi, sciens liberum esse, licet is, cui mandatum est, ignoret, idem sit; et non competet ei actio; contra autem, si ego ignoravi, procurator scit, non est mihi deneganda. Mühlenbruch von der Cession der Forderungsrechte. §. 13. Puchta §. 275. Vgl. Buchka a. a. O. S. 15. fg. 58. fg. Dernburg a. a. O. S. 18.

3 In gewissen Fällen gibt schon das R. R., selbst ohne Voraussetzung eines Auftrags, dem Dritten eine Klage aus dem zu seinen Gunsten geschlossenen Vertrage, namentlich a) der Frau und deren Kindern, welchen der Ascendent als Besteller der Dos deren Rückgabe stipulirt, L. 45. D. sol. matr. 24. 3. L. 7. Cod. de pact. conv. 5. 14. cf. L. 4. Cod. eod. L. 26. Cod. de iure dot. 5. 12. b) dem Eigenthümer, dessen Sache Jemand einem Andern geliehen oder in Verwahrung gegeben hat, mit der Auflage, sie an jenen zurückzugeben, L. 8. Cod. ad exhib. 3. 42.; c) demjenigen, welchem der Schenker die geschenkte Sache herauszugeben bei der Schenkung dem Schenknehmer auferlegt hat, L. 3. Cod. de donat. sub modo. 8. 55.; d) dem Schuldner, welchem der Pfandgläubiger bei Veräußerung des Pfandes das Recht der Wiedereinlösung vorbehalten hat, L. 13. pr. D. de pign. act. 13. 7. L. 7. §. 1. D. de distr. pign. 20. 5. Vgl. Puchta §. 276. Vang. III. §. 608. Ihering a. a. O. II. S. 110. stellt zudem folgendes allgemeine Prinzip auf: „Ueberall, wo auf Grund eines dare eine Verpflichtung zur Zurückgabe entsteht, hängt es von dem Geber ab, durch Vornahme des dare auf den Namen eines Andern Letzterem die Forderung zu erwerben.“ arg. L. 9. §. 8. D. de reb. cred. 12. 1. L. 4.

Cod. si cert. pet. 4. 2. L. 35. §. 2. D. de donat. 39. 5. L. 126. §. 2. D. de V. O. 45. 1. L. 2. Cod. per quas person. 4. 37.

4 Ueber die verschiedenen Meinungen, wie diese heutige Rechtsansicht mit dem R. R. zu verknüpfen sey, vgl. Scheurl a. a. O., Vang. a. a. O. S. 313. fg., Kuntze die Oblig. S. 275. fg.; über die Geschichte des Dogma vorzüglich Buchka §. 15. fg. Im canonischen Rechte tritt die moderne Rechtsansicht in manchen einzelnen Anwendungen hervor und äußert sich in den allgemeinen Aussprüchen: „Potest quis per alium quod potest facere per se ipsum", und „qui facit per alium est perinde ac si faciat per se ipsum" cap. 68. 72. de reg. iur in 6to. 5. 12. Buchka §. 17. Ueber die abweichende Beurtheilung des Falles, wenn der Bevollmächtigte nicht im Namen des Vollmachtgebers contrahirt hat (sondern als sog. Ersatzmann, stiller Stellvertreter, §. 76.) vgl. Ihering I. S. 345. fg. Scheurl das. II. S. 28. fg.

2) Verpflichtung durch Stellvertreter.

§. 247.

a) Durch abhängige Personen.

Handlungen der in der Gewalt eines Andern befindlichen Personen sind an sich für jenen nicht verpflichtend [a]. Vermöge besonderer Gründe aber kann aus Rechtsgeschäften derselben auch derjenige, in dessen Gewalt sie sich befinden, in Anspruch genommen werden; so der Vater aus Geschäften des Sohnes, wie nach römischem Recht der Herr aus Geschäften des Sklaven; und zwar bald auf den ganzen Betrag der eingegangenen Verbindlichkeit (in solidum), bald nur mit gewisser Beschränkung [b]. Ein solcher Grund ist:

1) ein Befehl oder Auftrag des Vaters zur Vornahme des Rechtsgeschäfts [c], womit auch hier die nachfolgende Genehmigung gleiche Wirkung hat [d]; der Vater haftet hier für das Ganze, mit der actio quod iussu.

2) die Anstellung des Sohnes zur Führung eines Gewerbes, als Gewerbführer (institor, Factor, bei der Schifffahrt insbesondere magister navis). Es liegt darin eine Ermächtigung zur Eingehung solcher Rechtsgeschäfte, die zum Betrieb jenes Gewerbes gehören [e]. Der Vater als Gewerbherr (bei der Schifffahrt exercitor navis, Schiffsrheder) haftet daher auch hier für's Ganze,

[a] L. 1. Cod. ne filius pro patre. 4. 13. L. 5. 6. 12. Cod. quod cum eo, qui in aliena potestate est, negotium gestum esse dicetur. 4. 26. [b] Inst. quod cum eo, qui in aliena potestate negotium gestum esse dicatur. 4. 7. Dig. 14. 5. Cod. 4. 26. [c] §. 1. J. h. t. Dig. quod iussu 15. 4. cf. L. 13. Cod. l. c. L. 7. D. de tut. 26. 1. L. 21. D. de adm. 26. 7. [d] L. 1. §. 6. D. l. c. [e] §. 8. in f. J. l. c. L. 29. D. de reb. cred. 12. 1.

mit der actio institoria [f], beziehungsweise mit der actio exercitoria [g].

3) die Einräumung eines Peculium an den Sohn, welches diesem, gleichsam wie ein Sondervermögen desselben, obwohl rechtlich dem Vater gehörend, Andern gegenüber Credit gibt, um sich mit ihm in Rechtsgeschäfte einzulassen. Der Vater haftet daher, mittels der actio de peculio [h], wegen der vom Sohne, nicht durch Delicte [i], nicht durch bloße Schenkung [k], und nicht als Paterfamilias in Beziehung auf sein peculium castrense oder quasi castrense [l], contrahirten Verbindlichkeiten [m], soweit der Bestand jenes Peculium reicht [n], nach Abzug dessen, was der Vater daran zu fordern hat [o], dagegen mit Einrechnung dessen, was durch seinen Dolus daran fehlt [p]; in letzter Beziehung jedoch, so wie nach Aufhebung der Gewalt, nur noch innerhalb eines Jahres, und zwar eines utilis annus [q]. Ist das Peculium mit Wissen des Vaters ganz oder zum Theil zu einem Handelsgeschäft bestimmt worden, so haben diejenigen, welche in Beziehung auf dieses Geschäft Gläubiger des Sohnes geworden, Anspruch auf Befriedigung aus dem Handelsvermögen, ohne daß dem Vater wegen seiner Forderungen ein Vorzugsrecht zusteht, und dient ihnen zur Erhaltung dieses Anspruchs gegen den Vater eine eigene tributoria actio [r].

4) der Umstand, daß das Rechtsgeschäft vom Sohne zum Vortheil des Vaters abgeschlossen und diesem dadurch ein Vermögensvortheil zugegangen ist, dieser bestehe in unmittelbarem Gewinn oder in Bestreitung von Ausgaben, welche dem Vater obgelegen hätten. Hier haftet der Vater, mittels der actio de in rem verso [s], soweit der ihm zugegangene Vortheil reicht (quantum in rem patris versum est).

Alle diese Klagen gründen sich auf die Obligatio des Sohnes, modificiren sich aber in ihrer Richtung gegen den Vater, als

[f] Dig. de institoria actione. 14. 3. [g] Dig. de exercitoria actione. 14. 1. Cod. de exercitoria et institoria actione. 4. 25. cf. §. 2. J. l. c. [h] Dig. de peculio. 15. 1. §. 4. J. l. c. [i] L. 3. §. 11. 12. D. l. c. cf. L. 1. §. 7. D. de his qui effud. 9. 3. L. 58. D. de R. J. [k] L. 7. D. de donat. 39. 5. cf. L. 28. §. 2. D. de pact. 2. 14. [l] L. 18. §. 5. D. de castr. pec. 49. 17. cf. L. 47. §. 1. D. h. t. 15. 1. [m] L. 3. §. 5. sqq. D. h. t. 15. 1. L. 49. D. de O. et A. 44. 7. L. 14. D. de neg. gest. 3. 5. L. 7. D. de tut. 26. 1. [n] L. 4. pr. §. 1. 2. L. 30. pr. §. 4. L. 47. §. 2. D. h. t. 15. 1. cf. L. 11. D. de cond. indeb. 12. 6. [o] L. 9. 11. pr. . .§. 6. L. 52. pr. eod. cf. L. 41. eod. [p] L. 21. eod. [q] Dig. quando de peculio actio annalis sit. 15. 2. [r] Dig. de tributoria actione. 14. 4. §. 3. J. l. c. [s] Dig. de in rem verso. 15. 3. §. 4. J. l. c.

actiones adiectitiae qualitatis, je nach Verschiedenheit des Grundes, aus welchem sie gegen diesen stattfinden. Sie concurriren sowohl mit einander als mit der Klage gegen den Sohn selbst [t], welcher jedoch, wenn er ausgesprochener Maßen nur als Bevollmächtigter des Vaters gehandelt hat, den Ansprüchen des Gläubigers sich entziehen kann [u]. Auch können mehrere dieser Klagen mit einander verbunden werden [v]. So weit aber ein Gläubiger durch eine derselben gegen den Sohn oder Vater Befriedigung erhalten hat, fallen die übrigen, als auf denselben Gegenstand gerichtet, hinweg [w]. Die actio de peculio und actio tributoria stehen in dem Verhältniß zu einander, daß die Wahl der einen die andere ausschließt [x].

Anm. 1 Ueber die sog. actiones adiectitiae qualitatis überhaupt vgl. Puchta a. a. O. §. 3...5. Savigny Obl. II. §. 54., über die actio quod iussu insbesondere Chambon Beitr. z. Obligationenrecht. Bd. I. Jena 1851. S. 175...268.

2 Ueber das Verhältniß der verschiedenen actiones adiectitiae qualitatis zu einander vgl. vorzüglich §. 5. J. h. t. 4. 7. Ceterum dubium non est, quin is quoque, qui iussu domini *(vel patris)* contraxerit, cuique institoria vel exercitoria actio competit, de peculio deque eo, quod in rem domini versum est, agere possit. Sed erit stultissimus, si omissa actione, qua facillime solidum ex contractu consequi possit, se ad difficultatem perducat probandi, in rem domini versum esse, vel habere servum peculium et tantum habere, ut solidum sibi solvi possit. Is quoque, cui tributoria actio competit, aeque de peculio et in rem verso agere potest; sed sane huic modo tributoria expedit agere, modo de peculio et in rem verso. Tributoria ideo expedit agere, quia in ea domini conditio praecipua non est, id est, quod domino debetur, non deducitur, sed eiusdem iuris et dominus, cuius et ceteri creditores; at in actione de peculio ante deducitur, quod domino debetur, et in id, quod reliquum est, creditori dominus condemnatur. Rursus de peculio ideo expedit agere, quod in hac actione totius peculii ratio habetur, at in tributoria eius tantum, quo negotiatur . . . Prout ergo expedit, ita quisque vel hanc actionem vel illam eligere debet; certe qui potest probare, in rem domini versum esse, de in rem verso agere debet. cf. Gai. IV. §. 74. in f.: „si potest adprobari, id quod debeatur totum in rem patris dominive versum esse, ad hanc actionem transire debet; nam, ut supra diximus, eadem formula et de peculio et de in rem verso agitur." L. 16. 17.

[t] §. 5. J. l. c. L. 1. §. 17. L. 5. §. 1. D. de exercit. act. 14. 1. L. 3. §. 4. D. de minor. 4. 4. [u] L. 4. Cod. h. t. 4. 26. [v] §. 4. J. l. c. [w] cf. L. 1. §. 24. D. de exercit. act. 14. 1. L. 13. pr. D. de instit. act. 14. 3. L. 4. § 5. D. quod cum eo. 14. 5. L. 30. §. 4. L. 32. D. de pecul. 15. 1. (§. 105.). [x] L. 9. §. 1. D. de tribut. act. 14. 4

§. 1. L. 19. D. de in rem verso. 15. 3. — Nach älterem Recht bewirkte wegen der materiellen Identität der Obligatio, die diesen Klagen zum Grunde lag, schon die Litiscontestatio in Folge der einen zugleich die Consumtion der andern (§. 113.), sowie die Litiscontestatio gegen den Haussohn die Consumtion der Klagen gegen den Vater und umgekehrt, wogegen jedoch unter Umständen Abhülfe gewährt wurde (not. v.); vgl. Keller's Litiscontestation S. 419. fg. 544. fg. Bekker proc. Consumtion S. 173. fg. Ueber das neuere Recht: Francke im civ. Arch. XXIII. S. 18. fg. Wächter Erörter. III. S. 20. fg. S. 60., und über die Verwandtschaft dieses Verhältnisses mit Correalobligationen: Sav. Obl. I. §. 21.

3 Als concurrirend mit den actiones adiectitiae qualitatis wird auch eine Civilklage (condictio) für zulässig erklärt in §. 8. J. h. t. Illud in summa admonendi sumus, id quod iussu patris dominive contractum fuerit quodque in rem eius versum erit, directo quoque posse a patre dominove condici, tanquam (si) principaliter cum ipso negotium gestum esset. Ei quoque, qui vel exercitoria vel institoria actione tenetur directo posse condici placet, quia huius quoque iussu contractum intelligitur. Vgl. L. 29. D. de reb. cred. 12. 1. L. 1. §. 4. D. de instit. act. 15. 3. L. 5. pr. D. quod iussu. 15. 4. Nicht so bei der actio de peculio: §. 10. J. de act. 4. 6. Ueber die Erklärung jener Civilklage s. Schrader ad §. 8. J. cit., der sie im weitesten Umfang annimmt, und Savigny Obl. II. S. 34., der sie nur auf den Fall des Darlehens bezieht; mit diesem übereinstimmend Chambon a. a. O. S. 121. Helmolt Correalobl. S. 96.

§. 248.

b) Durch freie Stellvertreter.

Die actio exercitoria und institoria (§. 247. 2.) wurden schon nach dem prätorischen Edict auch gegen denjenigen gegeben, welcher eine nicht in seiner Gewalt befindliche Person als magister navis oder institor[1] angestellt hatte[a]. Nach gleichem Gesichtspunkt ist dann aber überhaupt, wenn Jemand vermöge allgemeinen oder besondern Auftrags eines Andern ein Rechtsgeschäft vorgenommen hat, daraus auch gegen diesen eine Klage gegeben, quasi institoria actio oder utilis actio ad exemplum institoriae[b]. So wird also durch das Rechtsgeschäft des Bevollmächtigten, sofern es dem Auftrag gemäß ist[c], auch der Vollmachtgeber verpflichtet; der erste aber, wenn er ausdrücklich als Stellvertreter des letzten contrahirte, kann sich gegen die Forderung des andern Contrahenten

[a] §. 2. J. l. c. 4. 7. Gai. IV. 71. cf. L. 1. D. de exercit. act. 14. 1. L. 1. sqq. D. de instit. act. 14. 3. [b] L. 16. 19. pr. D. de instit. 14. 3. L. 5. 6. Cod. eod. 4. 25. L. 10. §. 5. D. mand. 17. 1. L. 13. §. 25. D. de act. emti. 19. 1. cf. L. 31. pr. D. de neg. gest. 3. 5. [c] L. 5. §. 11. 12. D. de instit. 14. 3.

durch Einrede schützen [d], sofern nicht gleichwohl auch er persönlich haften sollte [e], oder noch jetzt er des Vollmachtgebers Geschäfte führt [f]. Nach heutigem Recht macht sich auch hier die Ansicht geltend, daß, wenn das Rechtsgeschäft im Namen des Vollmachtgebers abgeschlossen worden, dieser als der eigentliche Contrahent und somit als der unmittelbar und allein verpflichtete zu betrachten sey [2]. Gleiches gilt von rechtmäßigen Rechtsgeschäften der Vormünder für ihre Mündel [g], der Geschäftsführer juristischer Personen für diese [h]. Auch wirkt die nachfolgende Genehmigung gleich dem vorhergehenden Auftrage [i]. Aber auch der bloße Gewinn aus einem Rechtsgeschäft, soweit er reicht, kann für den Gewinnenden eine Verpflichtung begründen, nicht nur wenn ein bevollmächtigter Stellvertreter wider seine Befugniß gehandelt oder deren Gränzen überschritten hat [k], sondern auch [l] wenn ein nicht Bevollmächtigter für jenen zum Vortheil desselben das Rechtsgeschäft eingegangen ist [3]; obgleich keineswegs gegen jeden, dem mittelbar etwas durch das Rechtsgeschäft eines Andern zugekommen ist, deshalb eine Klage stattfindet [m].

Anm. 1 Ueber die Lehre vom Institor vgl. vorzüglich Thöl's Handelsrecht I. §. 20. fg. Buchka Stellvertretung S. 37. fg.

2 Vgl. §. 246. Anm. 1. 4. Demnach bedarf es nun der Aushülfe durch die actio quod iussu, exercitoria und institoria eigentlich nicht mehr, da sich alle diese Klagen auf einen speciellen oder umfassenderen Auftrag gründen; doch kann die römische Theorie dieser Klagen auch für das praktische Recht noch benutzt werden, in so fern es sich um nähere materielle Bestimmung der fraglichen Rechtsverhältnisse, nicht um bloße Consequenzen der beschränkten Grundsätze über Stellvertretung handelt. Sav. a. a. O. S. 51. fg. Thöl a. a. O. Bluntschli deutsches Privatr. §. 136. Ob die actio de peculio und tributoria noch praktisch seyen, hängt davon ab, ob ein Peculium im römischen Sinne heutzutage überhaupt noch vorkommt (§. 436.).

3 L. 7. §. 1. Cod. 4. 26. Alioquin si cum libero res eius agente,

d L. 20. D. l. c. L. 6. §. 1. D. de neg. gest. 3. 5. cf. L. 4. Cod. quod cum eo. 4. 26. e L. 67. D. de procurat. 3. 3. L. 45. §. 2. D. mand. 17. 1. cf. L. 13. Cod. si cert. pet. 4. 2. L. 4. pr. D. de re iud. 42. 1. f arg. L. 67. D. cit. g L. 5. 7. 8. cf. L. 4. Cod. si tut. 2. 25. L. 3. D. quando ex facto tut. 26. 9. L. 1. Cod. eod. 5. 39. L. 2. pr. D. de adm. tut. 26. 7. L. 4. §. 1. D. de re iud. 42. 1. h L. 4. §. 2. D. l. c. cf. L. 27. D. de reb. cred. 12. 1. nov. 120. cap. 6. §. 3. i L. 7. §. 1. in f. Cod. quod cum eo. 4. 26. k L. 3. D. quando ex facto tut. 26. 9. L. 15. pr. D. de dolo 4. 3. L. 13. §. 7. D. de act. emti. 19. 1. cf. L. 9. 10. D. de instit. act. 14. 3. L. 82. D. pro socio. 17. 2. l L. 7. §. 1. Cod. quod cum eo. 4. 26. cf. L. 3. §. 2...10. D. de in rem verso. 15. 3. L. 10. D. de neg. gest. 3. 5. — L. 38. D. de evict. 21. 2. m L. 15. Cod. si cert. pet. 4. 2. L. 13. Cod. de O. et A. 4. 10. L. 8. Cod. depos. 4. 34. cf. L. 41. D. de cond. indeb. 12. 6.

cuius precibus meministi, contractum habuisti et eius personam elegisti, pervides, contra dominum nullam te habuisse actionem: *nisi vel in rem eius pecunia processit*, vel hunc contractum ratum habuit. Aus dieser Stelle leitet man eine sog. utilis de in rem verso actio ab, analog der quasi institoria actio. So neuerdings (1848) Chambon, die Negotiorum Gestio, S. 193. fg. Richtiger aber möchte es seyn, die darin (per argumentum a contrario) anerkannte Klage als eine utilis *(sc. tanquam cessa)* negotiorum gestorum contraria actio aufzufassen, arg. L. 38. D. 21. 2.; die eigentliche de in rem verso actio kann umgekehrt als ein Surrogat für diese angesehen werden, wo der Geschäftsführer eine abhängige Person ist (§. 247. 4.), arg. L. 3. §. 2. D. 15. 3. Et regulariter dicimus, toties de in rem verso esse actionem, quibus casibus procurator mandati, vel, qui negotia gessit, negotiorum gestorum haberet actionem *(sc. contrariam)*. Sav. a. a. O. S. 31. fg. vgl. Ihering a. a. O. I. S. 342. fg. Einen andern Fall betrifft L. 6. §. 1. D. de neg. gest. 3. 5. Item si procuratori tuo mutuam pecuniam dedero tui contemplatione, ut creditorem tuum vel pignus tuum liberet, adversus te negotiorum gestorum habebo actionem (ebenfalls *contrariam*, aber nicht *utilem*), adversus eum, cum quo contraxi, nullam. Vgl. L. 31. pr. D. de neg. gest. L. 13. Cod. si cert. pet. Eum, qui mutuam sumsit pecuniam, licet in res alienas, *creditore non contemplatione domini rerum eam foenori dante*, principaliter obligatum obnoxium remanere oportet. Ueber die verschiedenen Meinungen vgl. Kämmerer in Linde's Ztschr. VIII. 3. 4. 8.

IV. Aenderung bestehender Obligationen.

§. 249.

1) Durch Verabredung.

Ein Schuldverhältniß kann im Verlauf der Zeit eine Aenderung seines Inhalts erleiden. Dies kann vor Allem der Fall seyn vermöge einer Verabredung, welche dem Hauptinhalt einer Obligatio hinzugefügt wird (pactum adiectum). Hervorzuheben sind insbesondere gewisse Nebenverträge, welche ein Recht auf Wiederaufhebung eines Hauptvertrages und seiner Wirkungen begründen können, namentlich:

1) die Verabredung, wodurch die Aufhebung eines Rechtsgeschäfts in das Belieben eines Contrahenten gestellt wird [a] („si displicuerit," daher sog. pactum displicentiae), wovon aber derselbe, wenn nicht anders festgesetzt ist, nur innerhalb 60 Tagen (dies utiles) Gebrauch machen kann [b].

[a] L. 3. D. de contrah. emt. 18. 1. L. 6. D. de rescind. vend. 18. 5. L. 2. §. 5. D. pro emt. 41. 4. L. 11. §. 13. D. quod vi aut clam. 43. 24. [b] L. 31. §. 22. 24. D. de aed. ed. 21. 1.

2) die Verabredung, wodurch einem Contrahenten, oder auch beiden, gestattet wird, den Vertrag aufzuheben, falls sich innerhalb einer gewissen Zeit ein anderer Contrahent finde, der das gleiche Geschäft unter vortheilhafteren Bedingungen einzugehen bereit ist, d. i. in diem addictio [c]. Zur Erfüllung dieser Bedingung ist erforderlich, daß dem Berechtigten wirklich ein vortheilhafterer Antrag gemacht [d], und von demselben auch angenommen werde [e]; alsdann aber ist dem andern Contrahenten in der Regel noch freizustellen, unter denselben Bedingungen das Geschäft für sich aufrecht zu halten [f].

3) die Verabredung, wodurch ein Contrahent berechtigt wird, das Geschäft als nicht geschlossen zu behandeln, falls der andere seine Verbindlichkeit aus demselben nicht rechtzeitig erfülle, d. i. die lex commissoria [g]. Tritt dieser Fall ein, wozu es einer Mahnung nicht bedarf [h], so hängt es von dem Berechtigten ab, das Geschäft aufzuheben [i]; er verzichtet darauf, indem er später noch Erfüllung ganz oder zum Theil annimmt [k] oder darauf klagt [l].

Diese Nebenverabredungen, in den Quellen nur beim Kaufe erwähnt, aber gleicher Weise auch bei andern gegenseitigen Verträgen möglich, erscheinen und wirken, wo sie zur Anwendung kommen, in der Regel [1] als auflösende Bedingungen [m]. Die Contrahenten sind aber zugleich persönlich durch das Rechtsgeschäft verpflichtet, einander zurückzuerstatten, was sie vermöge desselben erhalten haben, Haupt- und Nebensachen [n]. In Folge der lex commissoria jedoch erhält der säumige Contrahent der Regel nach [2] nicht zurück, was er als Arrha oder als Theil seiner Vertragsverbindlichkeit geleistet hat [o], kann aber für das letzte die inzwischen gezogenen Früchte der zurückzugebenden Sache zurückhalten [p]. Durch besondere Verabredung kann derselbe auch für den Schaden haftbar werden, der dem Gegner aus der Auflösung des Vertrags erwächst [q].

[c] Dig. de in diem addictione. 18. 2. [d] L. 4. §. 6. L. 5. D l. c. L. 10. 14. pr. §. 5. L. 15. eod — L. 11. pr. eod. [e] L. 9. 11. §. 1... L. 13. 14. §. 2. D. eod. cf. L. 13. §. 1. L. 14. §. 3. L. 18. eod. [f] L. 6. §. 1. L. 7. 8. eod. [g] Dig. de lege commissoria. 18. 3. [h] L. 4. §. 4. D. l. c. cf. L. 8. eod. L. 7. Cod. de pact. int. emt. et vend. 4. 54. [i] L. 2. 3. L. 4. §. 2. eod. [k] L. 6. §. 2. eod. [l] L. 7. eod. L. 4. Cod. l. c. [m] §. 71. Anm. 4. 5. [n] L. 4. §. 4. L. 6. pr. L. 16. cf. L. 20. D. de in diem add. L. 4. pr. L. 5. D. de lege commiss. L. 6. D. de rescind. vend. 18. 5. L. 4. Cod. de aed. act. 4. 58. [o] L. 6. pr. D. de lege commiss. cf. L. 8. eod. L. 1. Cod. de pact. int. emt. et vend. 4. 54. [p] L. 4. §. 1. D. l. c. [q] L. 4. §. 3. eod.

Uebrigens können ähnliche Nebenverabredungen, nur in entgegengesetzter Richtung, auch als aufschiebende Bedingungen bei einem Vertrage vorkommen [r].

Anm. [1] Das sog. pactum displicentiae kommt auch in der Gestalt eines Nebenvertrags über Rückgabe gekaufter Sachen, wenn der Käufer nicht damit zufrieden ist, vor (L. 6. D. de rescind. vend. „si convenit, ut res, quae venit, si intra certum tempus displicuisset, *redderetur*"; cf. L. 2. §. 5. D. pro emt. „ubi convenit, ut, si displicuerit intra diem certam, *inemta sit*); und nur dieser Nebenverabredung wird die Benennung „pactum displicentiae" beigelegt von Goldschmidt in d. Ztschr. für Handelsrecht I. S. 113. 122., und nur darauf wird die gesetzliche Fristbestimmung (not. b.) bezogen. (L. 31. §. 22. cit. „si quid ita venierit, ut, nisi placuerit... redhibeatur"); der praktische Unterschied in den Wirkungen beider Fälle soll aber darin (und nur darin: vgl. §. 71. Anm. 5.) bestehen, daß im ersten Fall durch den Untergang des Gegenstands innerhalb der Mißbilligungsfrist die Rescission des Rechtsgeschäfts ausgeschlossen wird, dagegen im andern Falle die Redhibition nach L. 31. §. 24. L. 47. §. 1. D. l. c. desungeachtet noch stattfinden könne. Allein der erste dieser beiden Sätze scheint mir für den Fall, daß der Rücktritt aus bloßer Reue vorbehalten ist, weder durch L. 2. §. 1. L. 3. D. de in diem add. L. 2. D. de lege comm. L. 8. pr. D. de per. et comm. noch durch L. 20. §. 1. D. de praescript. verb. L. 78. D. de furt. bewiesen.

[2] Ueber die Regel in not. o. p. sind die Meinungen verschieden, weil L. 8. und L. 1. citt. ausdrücklicher Verabredung des Verlustes der Arrha erwähnen, und L. 4. §. 1. cit. den Verlust des theilweise gezahlten Preises nur als möglich (vermöge besonderer Verabredung) voraussetze. Vgl. Glück's Comment. XVI. S. 189. fg. Aber dagegen L. 6. pr. cit. De lege commissoria interrogatus ita respondit: si per emtorem factum sit, quominus legi pareretur, et ea lege uti venditor velit, fundos inemtos fore, *et id, quod arrhae vel alio nomine datum esset, apud venditorem remansurum.* L. 4. §. 1. cit. Sed quod ait Neratius, habet rationem, ut interdum fructus emtor lucretur, quum pretium, quod numeravit, perdidit. *Igitur sententia Neratii tunc habet locum, quae est humana, quando emtor aliquam partem pretii dedit.* Nicht hieher gehört L. 6. Cod. 4. 54. Cum te fundum tuum, certae rei contemplatione inter vos habita, exiguo pretio in alium transtulisse commemores, poterit tibi ea res non esse fraudi: quando non impleta promissi fide dominii tui ius in suam causam reverti conveniat. Et ideo aditus competens iudex fundum . . . restitui tibi cum fructibus suis . . . perficiet: praesertim cum et adversa pars receptis nummis suis nullam passa videri possit iniuriam. Doch scheint dieses Rescript auch nicht, wie Sint. §. 101. not. 31. annimmt, von der ausbedungenen Rückgängigkeit des Kaufs, sondern vielmehr von einem ob causam eingegangenen unvortheilhaften Verkaufe zu reden, welcher non impleta promissi

[r] §. 67. Anm. 2. cf. §. 4. J. de emt. vend. 3. 23. L. 20. pr. §. 1. D. de praescript. verb. 19. 5.

fide, also causa non secuta, nach allgemeinen Grundsätzen (Dig. 12. 4.) rückgängig gemacht werden kann. Vgl. über einen verwandten Fall L. 5. §. 1. D. de act. emti. 19. 1. Sav. Obl. II. S. 264.

2) Durch Verletzung.

§. 250.

a) Durch Verschulden des Verpflichteten. Dolus und Culpa.

Wenn sich der Schuldner durch absichtlich rechtswidriges Handeln (Dolus) oder durch Mangel der seinem Verpflichtungsverhältniß angemessenen Achtsamkeit und Sorgfalt (Culpa) die Erfüllung seiner Verbindlichkeit ganz oder zum Theil unmöglich macht (§. 85. 86.), so ist er dafür dem Gläubiger verantwortlich. Dieser kann von ihm Ersatz des Interesse fordern, und zwar mit der Klage aus der Obligatio, die dadurch verletzt worden ist, deren Inhalt also dadurch eine Aenderung erleidet.

Für Dolus ist der Verpflichtete in allen Fällen verantwortlich; selbst durch besondere Verabredung kann die Haftung dafür nicht im Voraus ausgeschlossen werden [a]. Dem Dolus aber ist regelmäßig die grobe Fahrlässigkeit (lata culpa) gleichgestellt [b], so daß unter Culpa im Gegensatz von Dolus nur eine gewöhnliche Schuld (levis culpa) zu verstehen ist [c]. Für eine Fahrlässigkeit der letzten Art haftet der Verpflichtete der Regel nach nicht, wenn er von dem Verpflichtungsverhältniß keinen Vortheil hat [1]; außerdem ist er der Regel nach für jede Fahrlässigkeit (omnis culpa, also auch für levis culpa) verantwortlich [d]. Jedoch tritt, obgleich der Verpflichtete keinen Vortheil hat, diese strengere Haftung ein, wenn er sich für ein Geschäft aufdringt oder unaufgefordert anbietet [e], und wenn seine Verpflichtung auf Führung fremder Angelegenheiten gerichtet ist, als welche ihrer Natur nach alle Sorgfalt (exactam diligentiam diligentis patrisfamilias) in Anspruch nimmt [f]. Dagegen beschränkt sich in einigen Fällen, obgleich der Verpflichtete Vortheil hat, die Haftung doch nur auf grobes Verschulden [g]. In gewissen Fällen endlich der einen oder andern Art

[a] L. 23. D. de R. J. L. 27. §. 3. 4. D. de pact. 2. 14. L. 17. pr. D. commod. 13. 6. L. 1. §. 7. D. depos. 16. 3. L. 18. §. 3. D. de donat. 39. 5. [b] L. 1. §. 1. D. si mensor. 11. 6. L. 226. D. de V. S. (§. 86. not. e. f. g. l.) [c] §. 86. not. i. [d] L. 108. §. 12. D. de legat. I. L. 5. §. 2. L. 18. pr. D. commod. 13. 6. cf. L. 23. cit. [e] L. 1. §. 35. D. depos. 16. 3. L. 53. §. 3. D. de furt. 47. 2. [f] L. 11. 13. 21. Cod. mand. 4. 35. L. 11. D. de neg. gest. 3. 5. L. 6. D. de adm. rer. civ. 50. 8. [g] L. 8. §. 3. D. de precario. 43. 26. — L. 1. §. 1. D. si mensor. 11. 6.

haftet zwar der Verpflichtete auch für geringeres Verschulden, ist aber doch für mehr nicht als für Anwendung der ihm in eigenen Angelegenheiten gewöhnlichen Sorgfalt (diligentia quam suis rebus adhibere solet [h]) verantwortlich [2].

Inwiefern die hiernach vom Schuldner zu leistende Sorgfalt sich in besonderer Richtung, namentlich in Bewahrung einer Sache gegen Entwendung und Beschädigung (diligentia in custodiendo) zu bethätigen habe, hängt von dem besondern Inhalt und Gegenstande des Schuldverhältnisses ab [i].

Die Beschränkung der Verantwortlichkeit, die sich nach obigen Bestimmungen ergeben kann, schützt übrigens den Schuldner nicht gegen die Ersatzverbindlichkeit wegen solcher Versehen in Ansehung des Schuldgegenstandes, wegen deren er auch abgesehen von besonderm Verpflichtungsverhältnisse verantwortlich seyn würde [k] (culpa in faciendo, Aquilische Culpa, §. 85.), obgleich allerdings bei der Frage, ob ihm eine Beschädigung als Verschulden der Art zuzurechnen sey [l], das besondere Verhältniß, in welches er durch das obligatorische Verhältniß zu der beschädigten Sache versetzt worden ist, mit in Erwägung kommen kann [3].

Außerdem kann in allen Fällen das regelmäßige Maß der Verantwortlichkeit theils durch besondere Verabredung [m], theils durch Verzug (§. 251.), bald beschränkt, bald erweitert, und selbst bis zur Haftung für den bloßen Zufall ausgedehnt werden [n].

Den Beweis [4], daß er in Folge eines Umstandes, für den er nicht zu haften habe, also ohne seine Schuld außer Stande sey, seine Verbindlichkeit zu erfüllen, hat der Schuldner zu führen, der auf den Grund einer erwiesener Maßen entstandenen Obligatio belangt wird [o]; wo aber der Kläger auf ein Verschulden des Gegners einen neuen nicht an sich schon durch das Schuldverhältniß gegebenen

h L. 72. D. pro socio 17. 2. L. 25. §. 16. D. fam. erc. 10. 2. cf. L. 22. §. 3. D. ad Sc. Trebell. 36. 1. — L. 17. pr. D. de iure dot. 23. 3. L. 11. Cod. de pact. conv. super dote. 5. 14. — L. 1. pr. D. de tut. act. 27. 3. i §. 2. J. quib. mod. re contrah. obl. 3. 14. L. 10. §. 1. D. commod. 13. 6. L. 52. §. 3. D. pro soc. 17. 2. L. 12. pr. L. 14. pr. §. 6. D. de furt. 47. 2. cf. §. 3. J. de emt. vend. 3. 23. L. 21. D. de rei vind. 6. 1. k L. 18. §. 1. D. commod. 13. 6. L. 10. pr. D. comm. div. 10. 3. cf. L. 12. §. 6. L. 13. pr. D. de lib. caus. 40. 12. l cf. L. 54. §. 2. D. de acquir. dom. 41. 1. m L. 23. D. de R. J. L. 1. §. 6. 10. 35. D. depos. 16. 3. cf. L. 72. §. 3. D. de cond. et dem. 35. 1. n §. 3. J. de emt. vend. 3. 23. L. 5. §. 2. D. commod. 13. 6. cf. L. 27. §. 29. D. ad leg. Aquil. 9. 2. o L. 9. § 4. D. locati. 19. 2. L. 5. Cod. de pign. act. 4. 24. — cf. L. 11. D. de probat. 22. 3.. (§. 114. not. k. l.).

Anspruch gründet, liegt ihm auch zunächst ob, jenes als die Voraussetzung seines Anspruchs zu erweisen [p].

Bei Correalobligationen macht das Verschulden eines Mitschuldners auch die übrigen Mitschuldner verantwortlich [5].

Anm. [1] Als Regel wird dies, insbesondere in Beziehung auf bonae fidei obligationes in den in not. d. angeführten Stellen klar ausgesprochen. a) L. 108. §. 12. cit. Quum quid tibi legatum fideive (Hal. *fideique*) tuae commissum sit, ut mihi restituas, si quidem nihil praeterea ex testamento capias, dolum malum duntaxat in exigendo eo legato, alioquin etiam culpam te mihi praestare debere existimavit, sicut in contractibus fidei bonae servatur, ut si quidem utriusque contrahentis commodum versetur, etiam culpa, sin unius solius, dolus malus tantummodo praestetur. b) L. 5. §. 2. cit. Nunc videndum est, quid veniat in commodati actione, utrum dolus, an et culpa, an vero et omne periculum? Et quidem in contractibus interdum dolum solum, interdum et culpam praestamus; dolum in deposito; nam quia nulla utilitas eius versatur, apud quem deponitur, merito dolus praestatur solus, nisi forte et merces accessit (tunc enim, ut est et constitutum, etiam culpa exhibetur), aut si hoc ab initio convenit, ut et culpam et periculum praestet is, penes quem deponitur. Sed ubi utriusque utilitas vertitur, ut in emto, ut in locato, ut in dote, ut in pignore, ut in societate, et dolus et culpa praestatur. Commodatum autem plerumque solam utilitatem continet eius, cui commodatur; et ideo verior est Quinti Mucii sententia existimantis, et culpam praestandam et diligentiam. c) L. 18. pr. cit. In rebus commodatis talis diligentia praestanda est, qualem quisque diligentissimus paterfamilias suis rebus adhibet, ita ut tantum eos casus non praestet, quibus resisti non possit, veluti mortes servorum, quae sine dolo et culpa eius accidunt, latronum hostiumve incursus, piratarum insidias, naufragium, incendium, fugas servorum, qui custodiri non solent. Quod autem de latronibus et piratis et naufragio diximus, ita scilicet accipiemus, si in hoc commodata sit alicui res, ut eam rem peregre secum ferat; alioquin si cui ideo argentum commodaverim, quod is amicos ad coenam invitaturum se diceret, et id peregre secum portaverit, sine ulla dubitatione etiam piratarum et latronum et naufragii casum praestare debet. Haec ita, si duntaxat accipientis gratia commodata sit res; at si utriusque, veluti si communem amicum ad coenam invitaverimus, tuque eius rei curam suscepisses, et ego tibi argentum commodaverim, scriptum quidem apud quosdam invenio, quasi dolum tantum praestare debeas; sed videndum est, ne et culpa praestanda sit, ut ita fiat culpae aestimatio, sicut in rebus pignori datis et dotalibus aestimari solet. d) L. 17. §. 2. D. de praescript. verb. 19. 5. . . . Si cui inspiciendum dedi, sive ipsius causa sive utriusque, et dolum et culpam mihi praestandam esse dico propter utilitatem, periculum non;

[p] L. 18. §. 1. D. de prob. 22. 3. cf. L. 18 §. 3. D. commod. 13. 6.

si vero mei duntaxat causa datum est, dolum solum, quia prope depositum hoc accedit.

2 Eine Zusammenstellung der verschiedenen Fälle nach dem Grade der Haftung gibt L. 23. D. de R. J. Contractus quidam dolum malum duntaxat recipiunt, quidam et dolum et culpam. Dolum tantum depositum et precarium; dolum et culpam mandatum, commodatum, venditum pignori acceptum, locatum, item dotis datio, tutela, negotia gesta; in his quidem et diligentiam; societas et rerum communio et dolum et culpam recipit. Sed haec ita, nisi si quid nominatim convenit, vel plus vel minus, in singulis contractibus; nam hoc servabitur, quod initio convenit, legem enim contractus (Vulg. *contractui*) dedit, excepto eo, quod Celsus putat, non valere, si convenerit, ne dolus praestetur; hoc enim bonae fidei iudicio contrarium est, et ita utimur. Animalium vero casus, mortesque, quae (Flor. *mortes, quaeque*) sine culpa accidunt, fugae servorum, qui custodiri non solent, rapinae, tumultus, incendia, aquarum magnitudines, impetus praedonum a nullo praestantur. — Huschke im Rh. Mus. VII. S. 74. hat diese Stelle folgendermaßen corrigirt: Contractus .... pignori acceptum, locatum, negotia gesta (in his quidem et diligentia praestatur); item dotis datio, tutela, societas et rerum communio u. s. w. wie oben. — Uebrigens vgl. Bethmann-Hollweg, über die Classification der Contracte in Beziehung auf Culpa, Anh. IV. zu Hasse's Culpa, 2. Ausgabe. (§. 85. Anm. 1.) Dazu Mommsen Beitr. III. S. 391. fg. Schaaff Abh. S. 134. fg.

3 Ueber die verschiedenen Ansichten in Betreff dieser Frage vgl. Löhr Theorie der Culpa S. 81. fg., Beiträge S. 219. und im Mag. III. S. 173. fg.; Hasse Culpa §. 36. 37. — Hagemeister in Löhr's Mag. III. S. 145. fg. Sint. §. 101. not. 38. — Schaaff Abh. S. 129. fg.

4 Vgl. darüber Weber v. der Beweisführung §. 21 ... 75. Seuffert Erörter. I. S. 117. fg. Puchta §. 267. Sint. §. 101. not. 67. mit Mommsen S. 374. fg. Windscheid in der Heidelb. krit. Ztschr. III. S. 281. fg.

5 So nehmen die Meisten an nach L. 18. D. de duob. reis. 45. 2. Ex duobus reis eiusdem Stichi promittendi factis alterius factum alteri quoque nocebit. Vgl. Ribbentrop Correalobl. S. 28. Rückert in Linde's Ztschr. n. F. XII. S. 19. fg. Wirth im civ. Arch. XXXIX. 6. Mommsen Beitr. III. S. 280. Dagegen suchen Andre den Satz durch gewaltsame Interpretation oder Emendation zu beseitigen, weil sie ihn mit andern Aussprüchen (L. 88. D. de V. O. L. 19. D. de dolo malo. L. 32. §. 4. 5. D. de usur. cf. L. 91. §. 5. D. de V. O.) für unvereinbar halten. Girtanner Bürgsch. S. 408. Kuntze die Obl. S. 155. Vgl. Bekker im Jahrb. III. S. 123. fg. — Ueber die Frage, inwiefern ein Geschäftsherr auch rücksichtlich der durch rechtswidriges Verhalten des Geschäftsführers verursachten Modificationen einer Obligatio hafte, vgl. L. 5. §. 8. D. de instit. act. 14. 3. Idem *(Labeo)* ait, si libitinarius, quos graece νεκροδάπτας vocant, servum pollinctorem habuerit, isque mortuum spoliaverit, dandam in eum quasi institoriam actionem, quamvis et furti et iniuriarum actio competeret. L. 5. §. 10. eod. Sed et quum fullo peregre proficiscens rogasset, ut discipulis suis, quibus tabernam instructam tradiderat, imperaret, post cuius profectionem

vestimenta discipulus accepisset et fugisset, fullonem non teneri, si quasi procurator fuit relictus; sin vero quasi institor, teneri eum. Plane si affirmaverit mihi, recte me credere operariis suis, non institoria, sed ex locato tenebitur. cf. L. 1. §. 2. D. de exercit. act. 14. 1. L. 5. §. 3. D. de doli except. 44. 4. Thöl Handelsrecht §. 33., Puchta §. 278. not. d., welcher statt *imperare* liest *imperarem;* mit ihm Dedekind im civ. Arch. XLI. 8.; dagegen Vang. III. §. 661. Ihering in den Jahrb. f. Dogm. II. S. 78. fg.

§. 251.

b) Durch Verzug. Mora [1].

Die Verzögerung einer Leistung, Mora im weitern Sinn [a], kann vermöge besonderer Festsetzung (Vertrag oder letztwilliger Verfügung) besondere rechtliche Folgen haben [b]. Unter gewissen Voraussetzungen aber hat sie nach Rechtsvorschrift eigenthümliche Wirkungen, die eine Aenderung des Schuldverhältnisses mit sich bringen. Eine rechtswidrige Verzögerung dieser Art ist Verzug oder Mora im engern vorzüglichen Sinn [c], und zwar Verzug des Schuldners, mora solvendi oder mora debitoris, wenn sie dem Schuldner zur Last fällt, Verzug des Gläubigers, mora accipiendi oder mora creditoris, wenn es am Gläubiger lag, daß die Leistung nicht erfolgte.

1) Der Verzug des Schuldners hat die Wirkung, daß dieser nunmehr selbst durch zufällig eintretende Unmöglichkeit der Erfüllung [d] nicht befreit wird [2], um so mehr also nun für jedes Verschulden haftet, wenn er auch bis dahin nur in beschränkterem Maße verantwortlich war [e]; daß beim Ersatz des Werthes der höchste Werth in Anschlag kommt, den der Schuldgegenstand seit dem Verzuge gehabt hat [f]; daß der säumige Schuldner überhaupt dem Gläubiger das Interesse zu leisten hat [g], und von einer Geldschuld insbesondere Verzugszinsen [3] zu zahlen schuldig ist [h]. Um aber den Schuldner in Verzug zu setzen, ist, die Fälligkeit der

[a] L. 135. §. 2. D. de V. O. 45. 1. L. 24. pr. D. de usur. 22. 1. cf. L. 38. §. 6. eod. L. 13. 26. §. 3...5. D. de fideicommiss. libert. 40. 5. [b] L. 12. Cod. de contrah. stip. 8. 38. L. 23. D. de O. et A. 44. 7. §. 249. not. g...l. [c] L. 173. §. 2. D. de R. J. L. 127. D. de V. O. 45. 1. Dig. de usuris et fruct. et caus. et omnib. access. et mora. 22. 1. [d] L. 5. D. de reb. cred. 12. 1. L. 25. §. 2. D. sol. matr. 24. 3. L. 39. §. 1. L. 108. §. 11. D. de legat. I. L. 24. 82. §. 1. D. de V. O. 45. 1. [e] L. 25. §. 2. cit. cf. L. 17. D. de iure dot. 23. 3. L. 12. §. 3. D. depos. 16. 3. [f] L. 8. §. 1. D. de cond. furt. 13. 1. L. 3. D. de cond. trit. 13. 3. L 3. §. 3. L 21. §. 3. D. de act. emti. 19. 1. [g] L. 21. §. 3. cit. L. 114. D. de V. O. cf. L. 24. §. 4. D. locati. 19. 2. — L. 8. 14. pr. 38. D. h. t. 22. 1. [h] L. 32. §. 3. L. 34. 37. eod. L. 19. D. de peric. 18. 6. L. 13. Cod. de act. emti. 4. 49. L. 10. §. 3. D. mand. 17. 1. u. a.

Forderung vorausgesetzt [i], regelmäßig [4] eine Aufforderung zur Erfüllung (Mahnung, interpellatio) von Seiten des Gläubigers erforderlich [k]; nur ausnahmsweise [5] treten jene Wirkungen auch ohne Mahnung ein [l]. Ist eine bestimmte Zeit der Erfüllung festgesetzt, so kann dies nicht nur nach ausdrücklicher Verabredung oder nach dem besondern Inhalt des Geschäfts den Sinn und die Wirkung haben, daß der Schuldner zu der bestimmten Zeit auch ungemahnt zu leisten habe und durch Versäumung der Zeit ohneweiters dem Gläubiger für den Nachtheil verantwortlich werde [m], sondern es wird, wenn auch nicht nach römischem Recht [n], doch nach der heutigen Praxis die Bestimmung einer Zahlungszeit im Zweifel so aufgefaßt, daß der Schuldner auch ohne Mahnung durch bloße Versäumung der Zeit in Verzug gesetzt werde [6]. Aber auch den gemahnten Schuldner treffen doch die Folgen des Verzugs nicht, wenn die Verzögerung der Leistung durch hinreichende Gründe [o] gerechtfertigt ist [7], wohin aber selbst unverschuldete Zahlungsunfähigkeit des Schuldners, wie überhaupt bloße Schwierigkeit der Leistung für den Schuldner, wenn ihm nicht die Erfüllung ohne seine Schuld unmöglich geworden, nicht zu rechnen ist [p]. Bei einer Gesammtschuld (§. 213.) treten die Wirkungen des Verzugs nur gegen denjenigen Gesammtschuldner ein, der für seine Person in Verzug gesetzt ist [q].

2) Der Verzug des Gläubigers bewirkt, daß der Schuldner nunmehr durch jede später eintretende nicht durch grobes Verschulden (dolus aut lata culpa) desselben verursachte Unmöglichkeit der Leistung befreit wird [r], und der Gläubiger ihm das Interesse wegen vereitelter Zahlung zu leisten hat [s]. Der Gläubiger aber ist in

[i] L. 88. D. de R. J. L. 49. §. 3. L. 127. D. de V. O. 45. 1. [k] L. 32. pr. §. 1. 3. D. h. t. 22. 1. L. 23. 24. D. de V. O. 45. 1. L. 36. §. 3. D. de legat. I. — cf. L. 24. §. 2. D. h. t. 22. 1. [l] L. 23. §. 1. D. h. t. — L. 8. §. 1. D. de cond. furt. 13. 1. L. 7. Cod. de cond. ob turp. caus. 4. 7. L. 1. §. 35. L. 19. D. de vi. 43. 16. L. 46. §. 4. Cod. de episcop. 1. 3. (lex restituta) vgl. mit nov. 131. cap. 12. [m] L. 34. D. de R. J. L. 9. §. 1. L. 12. 17. §. 4. D. h. t. 22. 1. L. 135. §. 2. D. de V. O. 45. 1. L. 47. D. de act. emti. 19. 1. L. 10. Cod. eod. 4. 49. [n] arg. L. 41. §. 1. D. de V. O. 45. 1. (§. 220. not. f.). — L. 49. §. 3. eod. L. 17. §. 4. D. h. t. 22. 1. — L. 34. in f. D. de R. J. [o] L. 114. D. de V. O. 45. 1. L. 91. §. 3. eod. — L. 9. §. 1. L. 17. §. 3. L. 21. 22. 23. pr. 24. pr. 47. D. h. t. 22. 1. L. 23. §. 1. D. de recept. 4. 8. L. 5. D. de reb. cred. 12. 1. L. 21. §. 3. D. de act. emti. 19. 1. L. 42. 99. D. de R. J. — cf. L. 82. §. 1. D. de V. O. 45. 1. L. 89. §. 1. D. ad leg. Falc. 35. 2. [p] L. 137. §. 4. D. de V. O. 45. 1. [q] L. 32. §. 4. D. h. t. 22. 1. L. 173. §. 2. D. de R. J. [r] L. 15. 17. D. de periculo. 18. 6. L. 105. D. de V. O. 45. 1. L. 72. pr. D. de solut. 46. 3. [s] L. 3. §. 4. L. 38. §. 1. D. de act. emti. 19. 1. L. 1. §. 3. D. de peric. 18. 6.

Verzug, wenn er den Empfang der in gehöriger Weise[8] angebotenen Leistung ohne rechtlichen Grund verweigert hat[t], oder diese sonst von seiner Seite verhindert ist, während von Seite des Schuldners das Erforderliche geschehen war, um dieselbe zu vollziehen[u], wozu, wenn Ort und Zeit der Leistung bestimmt war, schon das genügt, daß der Schuldner zur Erfüllung bereit sich einfindet, der Gläubiger ausbleibt[v].

Der Verzug des Gläubigers wie des Schuldners wird aufgehoben (mora purgatur), wenn der Säumige zu dem früher Versäumten später sich bereit zeigt, vorausgesetzt, daß er dem andern Theile zugleich auch dasjenige zu gewähren bereit ist, was diesem in Folge des Verzugs gebührt[w]. Die Aufhebung der Obligatio selbst hebt auch den Verzug auf[x], dessen Wirkungen außerdem durch Verabredung immer beseitigt werden können.

Anm. [1] Neuere Bearbeitungen dieser Lehre: Madai, d. L. von der Mora. Halle 1837. C. W. Wolff, zur Lehre von der Mora. Göttingen 1841. Vgl. Sint. §. 93. Vang. III. §. 588. Die neueste und beste Bearbeitung: Fr. Mommsen, die Lehre v. d. Mora, Beitr. z. Obl.-Recht Abthl. III. Braunschweig 1855. Darüber Windscheid in der Heidelb. krit. Ztschr. III. S. 253. fg.

[2] Diese Wirkung wird bezeichnet durch den Ausdruck: *perpetuatur* oder *perpetua fit obligatio* u. dgl., L. 91. §. 3. D. de V. O. L. 58. §. 1. D. de fideiuss. 46. 1. L. 24. in f. D. h. t. cf. L. 59. §. 5. D. mand. 17. 1., der nicht auf Ausschließung der Verjährung zu beziehen ist. — Streitfrage: ob diese Wirkung wegfalle, wenn erwiesen wird, daß der Verlust den Gläubiger auch bei rechtzeitiger Erfüllung getroffen haben würde? arg. L. 15. §. 3. D. de rei vind. 6. 1. L. 14. §. 1. D. depos. 16. 3. cf. L. 47. §. 6. D. de legat. I. Vgl. die Stellen in not. 1. Haenel dissensiones domin. pag. 138. Madai §. 46...48. Wolff §. 40. Vang. §. 588. Anm. 3. Sint. §. 94. not. 44. Sav. IV. S. 184. fg. (§. 167. Anm. 1.) Mommsen S. 187. fg.

[3] L. 32. §. 3. D. h. t. In bonae fidei contractibus ex mora usurae debentur. L. 2. Cod. depos. 4. 34. Usurae in depositi actione sicut in ceteris bonae fidei iudiciis ex mora venire solent. Aber auch bei Vermächtnissen: L. 34. D. h. t. cf. L. 3. Cod. 2. 41. Pauli sentt. III. 8. §. 4. Gai. II. §. 280.; bei der Pollicitatio: L. 1. pr. D. de pollicit. 50. 12., und in andern Fällen: L. 38. §. 8...16. D. h. t. Anders nach R. R. der Regel

[t] L. 39. §. 72. pr. §. 3. D. de solut. 46. 3. cf. L. 122. pr. D. de V. O. 45. 1. L. 41. §. 1. D. h. t. 22. 1. [u] L. 3. §. 4. cit. L: 4. Cod. de usur. pup. 5. 56. [v] arg. L 23. §. 1. D. h. t. L. 18. pr. D. de pecun. const. 13. 5. [w] L. 73. §. 2. L. 91. §. 3. D. de V. O. 45. 1. L. 72. §. 1. in f. D. de solut. 46. 3. — L. 17. D. de periculo. 18. 6. L. 51. pr. D. de act. emti. 19. 1. [x] L. 29. §. 1. D. de V. O. L. 17. D. de cond. furt. 13. 1. — L. 8. pr. D. de novat. 46. 2. cf. L. 14. pr. L. 31. pr. eod. 1. 72. §. 1. 2. D. de solut. 46. 3.

nach in stricti iuris iudiciis, also namentlich beim Darlehen. Ueber das heutige Recht vgl. §. 206. Anm. 2. §. 210. Anm. 2. 3. Madai §. 52. Mommsen §. 24. — Verschieden von den Verzugszinsen sind die Proceßzinsen, die nach Beginn des Rechtsstreits auch dann zu vergüten sind, wenn eine Mora des Beklagten nicht vorliegt. Sav. VI. S. 121. fg. vgl. mit S. 81. fg. (§. 113. Anm. 4. b.).

4 Pauli sent. III. 8. §. 4. Mora autem fieri videtur, cum postulanti non datur. L. 32. pr. D. h. t. Mora fieri intelligitur non ex re, sed ex persona, id est, si interpellatus oportuno loco non solverit: quod apud iudicem examinabitur. Nam, ut et Pomponius scripsit, difficilis est huius rei definitio. Divus quoque Pius Tullio Balbo rescripsit, an mora facta intelligatur, neque constitutione ulla neque iuris auctorum quaestione decidi posse, quum sit magis facti quam iuris. Vgl. Mommsen §. 5 ... 7.

5 Die Ausnahmen nach not. 1. sind a) wenn die Mahnung durch Abwesenheit des Schuldners unmöglich gemacht ist; b) wenn Jemand durch Delict (Diebstahl oder Gewalt) in den Besitz einer Sache gekommen ist, als welcher von Zeit seines Besitzes an in mora ist; c) bei Vermächtnissen zu Gunsten von Kirchen und milden Stiftungen. In diesen Fällen sagt man: *moram ex re fieri*, L. 32. pr. D. h. t., oder nach heutiger Ausdrucksweise: *Lex interpellat pro homine*. Man kann dahin auch noch die Fälle gesetzlicher Zinsverbindlichkeit nach §. 207. Anm. 1. a. β. Anm. 2. a. α. §. 208. Anm. 2. a. zählen, arg. L. 3. Cod. in quib. caus. in int. 2. 41. In minorum persona re ipsa, ex solo tempore tardae pretii solutionis, recepto iure moram fieri creditum est, in his videlicet, quae moram desiderant, id est in bonae fidei contractibus et fideicommissis et legatis. L. 26. §. 1. D. de fideicomm. lib. 40. 5. Aber vgl. L. 87. §. 1. D. de legat. II. Usuras fideicommissi post impletos annos viginti quinque puellae, ex quo mora facta est, deberi respondi; quamvis enim constitutum sit, ut minoribus 25 annis usurae omnimodo praestentur, tamen non pro mora hoc habendum est, quam sufficit semel intervenisse, ut perpetuo debeantur. L. 5. Cod. de act. emti. 4. 49 ... Cum usuris ... quas ... minoris aetatis favor, licet nulla mora intercesserit, generavit. Jedenfalls beschränkt sich in diesen Fällen die Wirkung der Mora auf die Entstehung der Zinsverbindlichkeit.

6 Diese Regel, ausgedrückt durch den Satz: *Dies interpellat pro homine*, früher fast allgemein angenommen, auch schon von dem Byzantiner Stephanus anerkannt (Zachariä in der Ztschr. für gesch. Rtsw. XIV. S. 135.), aber scharf angefochten von Schröter in seiner und Linde's Ztschr. VI. 5. VII. 3., wird auch seitdem noch von Vielen als im R. R. schon begründet vertheidigt, z. B. Thibaut im civ. Arch. VI. 2. XVII. 7. Madai §. 16 ... 24. Vang. §. 588. Anm. 2. Dagegen jedoch Wolff §. 27 ... 29. Puchta §. 289. not. q. Sint. §. 93. not. 71. und jetzt auch Mommsen §. 10. Was aber das gemeine deutsche Recht betrifft, so ist durch eine in den angeführten Schriften unbeachtet gebliebene Resolution ad dubia cameralia v. J. 1595. entschieden worden, „daß die mora ab interpellatione hominis vel diei an zu rechnen;" (vgl. Seuffert's Arch.

VI. 163.), und wenn auch diese Entscheidung nicht reichsgesetzliche Kraft erhalten hat, so gibt sie doch ein autoritatives Zeugniß für die in der damaligen Praxis geltende Rechtsansicht, und ist diese Praxis auch bis zur neuesten Zeit constant geblieben. Mommsen §. 11. Dagegen freilich erklären sich nichts desto weniger Windscheid a. a. O. S. 257. fg. Brinz Pand. I. S. 551.

7 Inculpata mora, vgl. L. 9. §. 1. D. h. t. Streitfrage: ob die Mora überhaupt eine Culpa voraussetze? Madai §. 2. 13., Wolff §. 19...21. 23. (welcher zu der von ihm so genannten subjectiven Mora sogar lata culpa erfordert), Vang. §. 588. Anm. 1. Mommsen Beitr. z. Obligationenrecht I. S. 264. fg. III. S. 56. fg. Dagegen Schömann vom Schadensersatz II. S. 10. fg. Puchta §. 169. not. h. Sint. §. 93. not. 50. Holzschuher II. 2. S. 223. fg. Vgl. Seuffert §. 245. not. 13. „Die bloße factische Unvermögenheit oder sonstige Unfähigkeit zur Erfüllung kann für sich allein nicht zur Entschuldigung dienen, indem sonst jeder leichtsinnige Schuldner und Speculant, der bei Eingehung der Verbindlichkeit das Wie der Erfüllung nicht bedacht hat, auf die leichteste Manier die Folgen des Verzugs abwenden könnte. Nur dann kann hier der Richter von diesen Folgen befreien, wenn dem Schuldner ein Mangel an Voraussicht und überhaupt Leichtsinn und Nachlässigkeit nicht vorgeworfen werden kann, und es klar vorliegt, daß er an der Erfüllung durch Umstände und Verhältnisse gehindert wurde, deren Eintreten weder nach menschlicher Berechnung vorauszusehen noch abzuwenden war. Die Nichterfüllung ist in solchen Fällen als ein den Gläubiger treffender Zufall anzusehen." Aber selbst die durch außerordentliche und unvorgesehene Unglücksfälle verursachte Zahlungsunfähigkeit wird den Schuldner nicht gegen die Folgen des Verzugs schützen. Dagegen wieder Seuffert a. a. O. (3. Aufl.) mit Bezugnahme auf die Stellen in not. o. Windscheid in der Heidelb. krit. Ztschr. II. S. 112. III. S. 260. Vgl. noch Brinz Pand. I. S. 550. Ueber Verzugszinsen nach erkanntem Concursprocesse, insbesondere vgl. Gerau in Linde's Ztschr. n. F. III. 7.

8 Ueber die Beschaffenheit des Anerbietens, insbesondere die Unterscheidung von oblatio verbalis und realis, vgl. Madai §. 37...41. Wolff §. 31...36. Mommsen §. 15...18.

§. 252.

c) Durch Abläugnung oder Weigerung.

In gewissen Fällen soll den Schuldner, weil er seine Verbindlichkeit geläugnet, oder weil er deren Erfüllung verweigert oder bis zur Klage vorenthalten hat, der Nachtheil treffen, daß er nunmehr zu mehrfachem Betrage dessen, was er schuldig war, verurtheilt wird (§. 98. not. d...f.).

Anm. 1 Im Justinianischen Recht kommen folgende hiehergehörige Fälle vor:

a) Die gerichtliche Abläugnung der Schuld, die dem Kläger deren Beweis aufbürdet, hat die Strafe des doppelten Ersatzes zur Folge (Lis infitiando crescit in duplum): α) bei der Verbindlichkeit zum Schadensersatze ex lege Aquilia, §. 19. 23. 26. J. de act. 4. 6. L. 2. §. 1. D. ad leg. Aquil. 9. 2.

β) wenn der Beklagte die Aechtheit eines schriftlichen Empfangbekenntnisses oder den darin bescheinigten Empfang abläugnet, nov. 18. cap. 8.; in beiden Fällen vorausgesetzt, daß der Beklagte anders als durch Ausschwörung des dem Kläger oder Verweigerung des dem Beklagten angetragenen Eides überführt werde. L. 30. D. de iureiur. 12. 2. nov. 18. cit.

b) Nicht nur die Abläugnung, sondern schon die Nichterfüllung bis zur Klage verpflichtet zum Doppelten bei Vermächtnissen zu Gunsten milder Stiftungen. §. 19. 26. J. l. c. cf. L. 46. §. 7. Cod. de episcop. 1. 3.

c) Verurtheilung zum Doppelten hat auch die treulose Vorenthaltung eines sogen. depositum miserabile zur Folge. §. 17. J. l. c. L. 1. §. 1. D. depos. 16. 3.

d) Dieselbe kann auch in Folge der redhibitoria actio eintreten. L. 45. D. de aed. ed. 21. 1. (§. 304. Anm. 6.).

e) Die Weigerung der Wiedererstattung auf richterliches Gebot zieht bei der actio quod metus causa Verurtheilung zum Vierfachen nach sich. §. 25. 27. J. l. c. L. 14. §. 1. D. quod met. causa. 4. 2.

Nicht hieher gehört L. 34. Cod. de locato. 4. 65., die unter den Gesichtspunkt von §. 94. not. b. fällt.

[2] Eine erschöpfende geschichtliche Erörterung dieser Fälle, insbesondere der eigentlichen Litiscrescenz, gibt Rudorff in der Ztschr. f. gesch. Rtsw. XIV. 9. Im Justinianischen Recht „erscheint die Verdoppelung als innerlich principlose Strafe des Abläugnens, von der man nur nicht begreift, warum sie nicht eben so gut in unzähligen andern Fällen angewendet wird." — „Ueber die Anwendung im gemeinen deutschen Recht ist man so weit einig, als sie die Ausschließung der condictio indebiti (vgl. §. 7. J. de obl. quasi ex contr. 3. 28.) und die Verdoppelung der Vermächtnisse ad pias causas betrifft; über die Verdoppelung der Aquilia hingegen ist es nie zu einer übereinstimmenden Doctrin und Praxis gekommen. Auch das Läugnen der Schuldscheine und Quittungen ist nur particularrechtlich mit dem Doppelten gestraft worden." Rudorff a. a. O. S. 476. 477. Ueber die verschiedenen Meinungen vgl. noch Sell Jahrb. II. S. 245. fg. Sint. §. 101. not. 69. fg. — Die Strafe des Vierfachen nach Anm. 1. e. ist entschieden unpraktisch. Puchta §. 271. not. f. §. 385. not. e.

§. 253.

3) Durch Zufall.

Ein Zufall kann die Obligatio völlig aufheben, indem er deren Erfüllung ganz unmöglich macht (§. 274.); er kann eben so dieselbe mindern, indem er die Leistung in ihrem ursprünglichen Umfang unmöglich macht. Umgekehrt kann der Gegenstand der Leistung durch zufällige Umstände einen Zuwachs erhalten, causa rei oder commodum rei [a]. Regel ist, daß, wer die Gefahr des Untergangs

[a] Dig. de usuris et fructibus et accessionibus. 22. 1. de periculo et commodo rei venditae 18. 6. Cod. 4. 48.

oder der Verringerung des Schuldgegenstandes trägt, auch Anspruch habe auf dessen Erweiterung; commodum eius esse debet, cuius est periculum [b]. Dem Gläubiger also, der für jene keinen Ersatz fordern kann und ungeachtet derselben seiner Gegenleistung nicht entbunden ist, muß der Schuldner andererseits auch die Vortheile leisten, welche die Sache inzwischen gewährt, als welche von selbst jenem zugefallen wären, wenn die Leistung sofort nach Entstehung der Obligatio geschehen wäre. Dahin gehören die Früchte der Sache [c] und was sonst als Nebensache zu derselben hinzukommt [d]; aber auch Klagansprüche, die bezüglich der Sache gegen Dritte entstanden sind [e], es sey denn, daß der Schuldner für die begangene Rechtsverletzung schlechthin dem Gläubiger hafte [f]. Nicht dahin gehören die Vortheile, welche der Schuldner durch Rechtsgeschäfte in Ansehung der Sache gewonnen hat, sofern diese nicht auch auf Rechnung und Gefahr des Gläubigers stattfanden [g].

Anm. Vgl. überhaupt Ihering Abh. Nr. 1. „In wie weit muß der, welcher eine Sache zu leisten hat, den mit ihr gemachten Gewinn herausgeben?" — Streitig: a) ob auch der Mieth- oder Pachtzins gleich den natürlichen Früchten zu erstatten sey? L. 13. §. 11. D. de act. emti. Si in locatis ager fuit, pensiones utique ei cedent, qui locaverat. Idem et in praediis urbanis: nisi si quid nominatim convenisse proponatur. Dagegen L. 13. §. 13. eod. Item si quid ex operis servorum vel *vecturis iumentorum vel navium* quaesitum est, emtori praestabitur. cf. L. 62. pr. D. de rei vind. . . . Nam etsi maxime vectura, sicut usura, non natura pervenit, sed iure percipitur, tamen ideo vectura desiderari potest, quoniam periculum navis possessor petitori praestare non debet, cum pecunia periculo dantis foeneretur. (§. 167. Anm. 1.) L. 13. §. 1. D. commod. 13. 6. Si quem quaestum fecit is, qui experiendum quid accepit, veluti si iumenta fuerint eaque locata sint, id ipsum praestabit ei, qui experiendum dedit; neque enim ante eam rem quaestui cuique esse oportet, priusquam periculo eius sit. Glück XVII. S. 196. fg. Sint. §. 101. not. 89.; Puchta §. 272. not. e. und Vorles. II. S. 110., dagegen aber Rudorff daselbst in d. Anm. 2. b) wie es sich mit dem gefundenen Schatz verhalte? Glück a. a. O. S. 190. fg.; Puchta a. a. O. S. 111. spricht hinsichtlich des vom Schuldner selbst noch als Eigenthümer gefundenen Schatzes dem Gläubiger den Anspruch auf die Hälfte ab; denn: „die singuläre Bestimmung, welche das natürliche Recht des Occupanten modificirt, tritt hier nicht in Anwendung, weil ihre

[b] §. 3. J. de emt. vend. 3. 23. [c] L. 4. §. 1. L. 38. 39. D. de usur. L. 13. §. 13. D. de act. emti. 19. 1. cf. L. 39. §. 1. D. de legat. I. L. 62. 64. D. de rei vind. 6. 1. [d] L. 7. pr. D. de periculo. §. 3. J. l. c. [e] L. 35. §. 4. D. de contrah. emt. 18. 1. L. 13. §. 12. D. de act. emti. 19. 1. L. 11. §. 8. 9. 10. D. quod vi. 43. 24. L. 14. pr. D. de furt. 47. 2. [f] §. 3. J. cit. L. 35. §. 4. cit. [g] L. 21. D. de her. v. act. vend. 18. 4. cf. L. 62. pr. D. de rei vind. 6. 1.

Voraussetzung ist, daß Occupant und Eigenthümer verschiedene Personen sind, und diese hier nicht eintritt. Es entsteht mithin gar keine Forderung auf die Hälfte, und darum kann auch nicht von ihrer Devolution an den Gläubiger die Rede seyn." Subtil, aber dennoch inconsequent! arg. L. 7. §. 12. D. sol. matr. 24. 3. Ihering a. a. O. S. 8., womit auch übereinstimmt Rudorff a. a. O. Anm. 3. Vgl. Fr. Mommsen Erörterungen aus dem Obligationenrecht I. Braunschweig 1859.

V. Uebertragung von Obligationen. Cession.

§. 254.

Ein Schuldverhältniß kann mit der Gesammtheit des Vermögens auf die Erben (§. 104.) und andere Universalsuccessoren (§. 56.) übergehen, als welche überhaupt die Person des bisherigen Vermögenssubjects repräsentiren. Eine Uebertragung der Obligatio aber als eines einzelnen Vermögensverhältnisses wird im römischen Recht als dem Wesen derselben widerstreitend bezeichnet, indem sie in einer persönlichen Beziehung zwischen Gläubiger und Schuldner beruhe, deren Aufhebung Vernichtung der Obligatio wäre. Wohl kann die bestehende Obligatio aufgehoben und eine neue desselben Inhalts zu Gunsten eines andern Gläubigers an deren Stelle gesetzt werden (durch Novation, §. 268.); aber diese ist dann eben eine neue Obligatio, und es bedarf dazu der Mitwirkung des Schuldners, der sich dem neuen Gläubiger verpflichtet [1]. Unbeschadet dieser Rechtsansicht kann jedoch der Zweck der Uebertragung einer Forderung auf einen Andern, auch ohne Zustimmung des Schuldners, wie es dem Bedürfniß des rechtlichen Verkehrs entspricht, vollkommen dadurch erreicht werden, daß der Gläubiger die Ausübung seines Forderungsrechtes jenem zu eigenem Vortheil überläßt. Der Gläubiger kann einen Andern zum procurator in rem suam (§. 112.) bezüglich des Forderungsrechts bestellen [2]; er kann ihn ermächtigen, statt seiner die Zahlung in Empfang zu nehmen und nöthigenfalls durch Klage gegen den Schuldner dieselbe zu erwirken oder auf andere Weise (durch Exceptio) die Forderung geltend zu machen, zugleich mit der Einräumung, das zu Leistende als das Seinige zu behalten und zu behandeln, und auf diese Weise seine Forderung jenem abtreten (cediren). Diese Abtretung der Forderung stellt sich sonach dem Schuldner gegenüber dar als Uebertragung der Ausübung derselben an einen Andern für dessen eigene Rechnung [3]. Die einmal rechtsgültig erklärte Abtretung der

Forderung ist aber auch, bevor noch die cedirte Klage wirklich angestellt und der Streit anhängig gemacht ist, gegen willkürliche Zurücknahme der ertheilten Ermächtigung, so wie gegen die Erlöschung derselben durch Todesfall gesichert, indem für solche Fälle im römischen Rechte eine utilis actio gewährt worden ist, welche denn auch sonst anstatt der mandata actio angestellt werden konnte und materiell denselben Erfolg hatte, als wenn formell Jemand als procurator in rem suam klagte und zur Litiscontestatio vorgeschritten war [4]. Indem nun auf solche Weise einem Andern die Geltendmachung der Forderung zu eigenem Vortheil als ein Recht überlassen ist und darüber ihm auch ohne weitere Rücksichtnahme auf den bisherigen Gläubiger die Verfügung zusteht, so ist der letzte jetzt in Wahrheit nicht mehr Gläubiger; jener Andere ist nunmehr allein der wirklich Forderungsberechtigte; die Forderung ist in sein Vermögen übergegangen, so wie sie bisher diesem zugestanden, und so erscheint die Cession der Forderung als wahre Uebertragung derselben auf einen andern Gläubiger [5]. Diesen nennt man Cessionar, den abgetretenen Gläubiger Cedenten, den Schuldner, gegen den die Forderung abgetreten ist, debitor cessus. Uebrigens kann auch eine klaglose Obligatio abgetreten werden [6].

Der Cession einer Forderung steht gegenüber die Uebernahme der Schuld eines Andern. Diese kann freilich nicht ohne Einwilligung des Gläubigers die Entbindung des bisherigen Schuldners von seiner Verbindlichkeit bewirken, und gibt andrerseits dem Gläubiger, so lange er seine Einwilligung nicht erklärt hat, noch kein Forderungsrecht gegen den Uebernehmer, der bis dahin noch blos durch den Willen des bisherigen Schuldners aller aus der Uebernahme hervorgehenden Verbindlichkeit entledigt werden kann. Hat aber der Gläubiger, ausdrücklich oder stillschweigend, den Uebernehmer als seinen Schuldner anstatt des frühern angenommen, so ist der letzte nun befreit und jener in dessen Schuldverhältniß eingetreten [7].

Anm. [1] Gai. II. §. 38. Obligationes quoque modo contractae nihil eorum *(sc. in iure cessionem vel mancipationem)* recipiunt. Nam quod mihi ab aliquo debetur, id si velim tibi deberi, nullo eorum modo, quo res corporales ad alium transferuntur, id efficere possum; sed opus est, ut iubente me tu ab eo stipuleris: quae res efficit, ut a me liberetur et incipiat tibi deberi, quae dicitur novatio obligationis. cf. L. 25. §. 2.

D. de usufr. 7. 1. Si operas suas iste servus locaverit et in annos singulos certum aliquid stipuletur, eorum quidem annorum stipulatio, quibus ususfructus mansit, acquiretur fructuario, sequentium vero annorum ad proprietarium transit semel acquisita usufructuario, quamvis non soleat stipulatio semel cui quaesita ad alium transire, nisi ad heredem vel adrogatorem.

2 Gai. l. c. in f. Sine hac vero novatione non poteris tuo nomine agere, sed debes ex persona mea quasi cognitor aut procurator meus experiri. cf. Gai. IV. §. 86. Qui autem alieno nomine agit, intentionem quidem ex persona domini sumit, condemnationem autem in suam personam convertit: nam si verbi gratia Lucius Titius pro Publio Maevio agit, ita formula concipitur: *Si paret Numerium Negidium Publio Maevio sestertium decem milia dare oportere, iudex Numerium Negidium Lucio Titio sestertium decem milia condemna, si non paret, absolve.*

3 Von diesem Standpunkt aus ist diese Lehre gründlich bearbeitet von Mühlenbruch, d. L. v. d. Cession der Forderungsrechte. Greifswalde 1817., 3. Aufl. 1836. Dazu vgl. Puchta im Rtslex. II. S. 636...664. (Kl. Schr. Nr. 27.).

4 Die älteste Spur solcher utiles actiones enthält L. 16. pr. D. 2. 14. in den Worten: „rescriptum est a Divo Pio, utiles actiones emtori hereditatis dandas". cf. L. 2. §. 8. D. h. t. 18. 4. Ueber die weitere Ausdehnung vgl. a) L. 1. Cod. 4. 10. (Gordian.). Data certae pecuniae quantitate ei, cuius meministi, invicem debiti actionem tibi adversus debitorem, pro quo solvisti, dicis esse mandatam; et antequam eo nomine litem contestareris, sine herede creditorem fati munus implesse proponis. Quae si ita sunt, utilis actio tibi competit. cf. L. 33. Cod. de donat. 8. 54. b) L. 2. Cod. 4. 10. (Valer. et Gallien.) Nominibus in dotem datis, quamvis nec delegatio praecesserit, nec litis contestatio subsecuta sit, utilem tamen marito actionem ad similitudinem eius, qui nomen emerit, dari oportere, saepe rescriptum est. Zugleich über das Verhältniß zur mandata actio: c) L. 8. Cod. h. t. 4. 39. (Dioclet. et Max.) Ex nominis emtione dominium rerum obligatarum ad emtorem non transit, sed vel in rem suam procuratore facto, vel utilis, secundum ea quae pridem constituta sunt, exemplo creditoris persecutio tribuitur. L. 9. eod. Certi et indubitati iuris est, ad similitudinem eius, qui personalem redemerit actionem et utiliter eam movere suo nomine conceditur, etiam eum, qui in rem actionem comparaverit, eadem uti posse facultate. Cf. *α*) L. 5. Cod. 4. 15. In solutum nomine dato non aliter nisi mandatis actionibus ex persona sui debitoris adversus eius debitores creditor experiri potest, suo autem nomine utili actione recte utetur. L. 18. Cod. cit. *β*) L. 5. Cod. h. t. (Alexander). Emtor hereditatis actionibus mandatis eo iure uti debet, quo is, cuius persona fungitur, quamvis utiles etiam adversus debitores hereditarios actiones emtori tribui placuit. cf. L. 55. D. de procurat. 3. 3. — Ueber die Erklärung dieser Stellen und die materielle Gleichheit der utilis und mandata actio s. Mühlenbruch §. 16., womit aber bezüglich

der historischen Entwicklung dieser Lehre und der dadurch herbeigeführten Vollendung des Rechtsinstituts der Cession zu vergleichen ist: Windscheid, die Actio des römischen Civilrechts. S. 120. fg., sodann Bähr zur Cessionslehre in d. Jahrb. für Dogmatik I. S. 362. fg., gegen beide aber Muther z. Lehre v. der Actio S. 145. fg. 168. fg., und gegen diesen wieder Windscheid Abwehr S. 55. fg.

5 Seuffert Pand. §. 297. „Forderungen . . . können durch Kauf, Tausch u. s. w. von dem ursprünglichen Gläubiger auf eine andere Person übergehen, und zwar in der Art, daß nicht, wie bei der Novation, das ganze Schuldverhältniß aufgehoben und durch ein neues ersetzt wird, sondern die ursprüngliche Forderung mit verändertem Gläubiger fortbesteht"; und das. Anm. 4. „Allerdings erscheint das Rechtsproduct der Cession auch im neuesten römischen Rechte nur als Befugniß, eine fremde Forderung zu eigenem Vortheil auszuüben. Allein im heutigen Rechtsbewußtseyn des Volkes stellt sich die übertragene Forderung als eine dem Cessionar eben so eigene dar, wie eine veräußerte körperliche Sache als Eigenthum des Erwerbers." Vgl. Brinz kr. Bl. Nr. 2. S. 34. Delbrück, die Uebernahme fremder Schulden (vgl. Anm. 6.) S. 8. fg. und Windscheid in der krit. Ueberschau I. S. 27. fg. In der That ist diese Rechtsanschauung in allen ihren praktischen Consequenzen schon im R. R. zum Durchbruch gekommen; Justinian spricht sie auch in Worten klar aus, wenn er in L. 23. Cod. mand. 4. 35. sagt: „ut partem quidem debiti venditionis titulo *transferant in alium creditorem*", und „partem autem donationis titulo *transferre*", und wiederum „debitum totum *donare* et per donationem actiones *transferre*" (vgl. auch L. 35. §. 4. D. de contrah. emt. 18. 1. „si suam rem vendidisset, potuisset eas actiones ad emtorem *transferre*); die Bezeichnung des Cessionars als procurator in rem suam spricht nichts anderes mehr aus, als daß es eben die (bisherige) Forderung des Cedenten, mit demselben Inhalt und denselben Beschränkungen, ist, welche der Cessionar, ein andrer Gläubiger, geltend macht, der in Wahrheit durchaus nicht mehr Stellvertreter des bisherigen Gläubigers ist (L. 42. §. 2. D. de procurat. 3. 3.) und schon nach R. R. selbst formell nicht mehr als solcher (procurator i. r. s.) zu klagen brauchte (Anm. 4.). Vgl. Brinz Pand. I. §. 130. Windscheid und Bähr a. a. O. Doch wird noch ein lebhafter, aber nicht in gleichem Maße fruchtbarer Streit darüber geführt, ob es nach neuerem römischem oder doch nach heutigem Recht eine Singularsuccession in Forderungsrechte gebe (Muther z. Lehre v. d. Actio, S. 116. fg. 186. fg.), dem man durch Erfindung eines neuen Begriffs von Zweigobligationen ein Ende zu machen vergeblich versucht hat (Kuntze, die Obligation S. 367. fg.).

6 Vgl. d'Avis und Arndts in Linde's Ztschr. n. F. X. 5. Vang. §. 574. Anm. 1.

7 Nach R. R. trat diese Wirkung nur durch Stipulation oder Litiscontestation ein (§. 112. 268. 271.); im heutigen Recht, zufolge der allgemeinen Gültigkeit formloser Verträge, ist die irgendwie erklärte Einwilligung des Gläubigers genügend. Ueber die juristische Auffassung des ganzen Verhältnisses sind aber die Ansichten noch verschieden. Vgl. Delbrück, die Uebernahme fremder Schulden nach gem. und preuß. Rechte. Berlin 1853. Windscheid, die Singularsuccession in Obligationen, in der krit. Ueberschau I. S. 27 . . . 46.; Actio S. 202. fg., Kuntze a. a. O. S. 304. fg.

§. 255.

A. Erfordernisse der Cession.

Die Cession geschieht durch die Willenserklärung des Gläubigers, die einem Andern die Befugniß ertheilt, die Forderung als eine eigene zu eigenem Vortheil geltend zu machen. Einer besondern Form bedarf es dazu regelmäßig nicht; auch eine ausdrückliche Ertheilung der Vollmacht zur Anstellung der Klage ist nicht erforderlich; wesentlich ist nur die erklärte Absicht, daß dem Andern ohneweiters die volle Ausübung der Forderung als sein Recht überlassen seyn solle [1]. Bedarf jedoch das Rechtsgeschäft, wodurch die Cession geschieht, nach seiner besondern Natur einer bestimmten Form z. B. als Schenkung (§. 81.), so ist auch die Gültigkeit der Cession davon abhängig, sowie überhaupt die für ein Rechtsgeschäft gewisser Art geltenden Vorschriften auch zur Anwendung kommen, wenn es die Abtretung einer Forderung zum Inhalt hat. Verschieden aber ist jenes Rechtsgeschäft nach Verschiedenheit des Grundes, wodurch der Gläubiger bestimmt ist, seine Forderung dem Andern zu überlassen, d. i. der causa cessionis. Diese kann eben so manchfaltiger Art sein, wie überhaupt der Grund der Gewährung irgend eines Vermögensrechts (§. 80. 233.); sie kann insbesondre auch in einer durch ein vorhergegangenes Rechtsgeschäft vom Gläubiger freiwillig eingegangenen oder auch in einer unabhängig von dessen Willen nach Rechtsvorschrift bestehenden Verpflichtung zur Abtretung der Forderung beruhen [2]. Liegt eine solche Verpflichtung vor, so kann nöthigenfalls auf deren Erfüllung geklagt werden, und wird alsdann durch das zuerkennende Urtheil auch wider Willen des unterliegenden Gläubigers die Forderung auf den Kläger als Cessionar übertragen. In manchen Fällen wird aber auch ohneweiters nach Rechtsvorschrift demjenigen, der einen rechtlich begründeten Anspruch auf Abtretung der Forderung hat, die Forderungsklage (als utilis actio) eingeräumt, mit gleicher Wirkung, als ob ihm dieselbe durch den Willen des Gläubigers abgetreten worden wäre [3].

Uebrigens kann auch eine noch nicht fällige oder bedingte oder sonst noch ungewisse Forderung oder Klage schon im voraus abgetreten werden [a]. Einwilligung des Schuldners ist überall nicht

[a] L. 17. 19. D. h. t. 18. 4. L. 21. 63. D. de rei vind. 6. 1.

erforderlich [b]. Immer aber wird nur die Forderung, d. i. der Rechtsanspruch des Gläubigers, sowie dieser selbst ihn geltend machen könnte, z. B. die actio mandati, pro socio, locati, abgetreten, nicht auch das obligatorische Verhältniß selbst, woraus jene entsteht, z. B. das Mandats- oder Societätsverhältniß im Ganzen, auf den Cessionar übertragen. [4]

Anm. [1] Z. B. Verkauf, L. 1. 2. Cod. de O. et A. 4. 10. L. 5. 7. 8. 9. Cod. h. t. (ob auch, wenn der Kaufpreis nicht gezahlt oder gestundet ist, die Forderung sofort dem Käufer zukomme? Puchta im Rtslex. S. 640. vgl. Mühlenbruch §. 42.); datio in solutum, L. 5. Cod. quando fiscus. 4. 15. cf. L. 3. Cod. de novat. 8. 42.; dotis datio, L. 2. Cod. cit. L. 49. pr. D. sol. matr. 24. 3; Verpfändung, L. 20. D. de pign. 20. L. 4. Cod. quae res pign. 8. 17.; Schenkung, L. 2. 33. Cod. de donat. 8. 54.; auch Vermächtniß, insofern der Erblasser eine ihm selbst zustehende Forderung direct dem Legatar überweist, L. 18. Cod. de legat. 6. 37. Ex legato nominis, actionibus ab his, qui successerunt, non mandatis, directas quidem actiones legatarius habere non potest, utilibus autem suo nomine experietur. (cf. L. 44. §. 6. L. 105. D. de legat. I. §. 558. 560. Anm. 1. §. 576.). Vgl. §. 254. Anm. 4. Windscheid S. 126. 200.

[2] Diese Verpflichtung zur Cession ist von der Cession selbst zu unterscheiden, wie die Verpflichtung zur Tradition einer Sache oder zur Bestellung eines dinglichen Rechts von der wirklichen Tradition oder Bestellung, und sind z. B. parallel Schenkung durch Tradition und durch Cession, Schenkung durch Versprechen einer Sache und durch Versprechen künftiger Abtretung einer Forderung. Je nachdem übrigens die Cession auf dem freien Willen des Cedenten beruht oder kraft rechtlicher Nothwendigkeit stattfindet, pflegt die heutige Terminologie cessio voluntaria und necessaria zu unterscheiden; necessaria ist aber in der That auch die durch freiwillig eingegangene Verpflichtung zugesagte Cession, weil die Erfüllung dieser Verpflichtung nicht mehr Sache des freien Beliebens ist. Vgl. überhaupt und insbesondere über die einzelnen Fälle gesetzlicher Verpflichtung zur Cession: Mühlenbruch §. 36. fg.

[3] Ueber diese Fälle vgl. Mühlenbruch §. 43. fg. Es liegt darin ein kraft Rechtsvorschrift eingetretener Uebergang des Forderungsrechts auf einen Andern, sog. cessio legis. Das Eigenthümliche dieser Fälle liegt darin, daß hier die Forderungsklage sofort gegen den Schuldner stattfindet und nur diesem gegenüber der gesetzliche Uebergang der Forderung auf den Kläger zu erweisen ist, während in andern Fällen der Verpflichtung zur Cession zunächst gegen den Verpflichteten auf Abtretung der Forderungsklage zu klagen ist und nur dessen Weigerung nöthigenfalls durch richterliches Erkenntniß ersetzt wird. Unhaltbar aber ist die Ansicht, daß in allen Fällen, wo eine Verpflichtung zur Cession besteht, diese sofort, wenn sie nicht erfolgt, als geschehen anzunehmen und dem Berechtigten utilis actio gegen den Schuldner einzuräumen sey. Mühlenbruch a. a. O. Windscheid die Actio S. 194. fg. Bähr a. a. O. S. 400.

[b] L. 3. Cod. h. t. 4. 39. L. 1. Cod. de novat. 8. 42.

4 Ueber die Anwendung dieser Regel auf das Miethverhältniß? L. 32. D. locati 19. 2. L. 58. eod. L. 53. pr. D. de act. emti. 19. 1. Mühlenbruch §. 18. 27. Glück XVIII. S. 26. fg.

B. Wirkung der Cession.

§. 256.

Die Wirkung der Cession bestimmt sich durch den doppelten Gesichtspunkt, daß es die Forderung des Cedenten ist, deren Ausübung dem Cessionar überlassen ist, und daß diese dem letzten nunmehr zu eigenem Vortheil als ein Recht zusteht.

Nach dem letzten Gesichtspunkt ist die Forderung nun als zum Vermögen des Cessionars gehörig zu betrachten [a], daher auch der Verfügung desselben unterworfen [b], so daß sie von ihm auch weiter an einen Dritten cedirt werden kann. Der Verfügung des Cedenten wird jedoch die Forderung erst dadurch ganz entzogen, daß dem Schuldner von der Cession Kunde gegeben wird [1]. Bis dahin ist dieser berechtigt, den Cedenten noch als seinen wahren Gläubiger anzusehen. Er kann daher demselben mit voller Wirkung Zahlung leisten uud so auch andre die Forderung betreffende Rechtsgeschäfte mit ihm wirksam eingehen [c], nicht minder andre von jenem getroffene Verfügungen als wirksam anerkennen, also auch in Folge einer ihm zuerst glaubhaft kund gegebenen andern Cession an den neuen Cessionar wirksam zahlen [2]. Nachdem er aber von der geschehenen Cession gehörig unterrichtet ist, kann er dem Cedenten nicht mehr rechtsgültig zahlen, noch sonst durch Rechtsgeschäfte mit diesem die Forderung beeinträchtigen [3], während er andrerseits gegen dessen Ansprüche durch Einrede geschützt ist [d]. Jedenfalls hat der Schuldner nur **eine** Forderung, die ursprüngliche des Cedenten, zu zahlen; er hat daher Anspruch auf Sicherstellung gegen die Gefahr, wegen derselben Forderung noch von einem Andern, sey es dem ursprünglichen Gläubiger selbst oder einem andern Cessionar, belangt zu werden, und kann, wenn das Recht der Forderung unter Mehreren streitig ist, die Erledigung dieses Streites diesen selbst

a L. 23. §. 1. D. h. t. 18. 4. b L. 13. 16. D. de pact. 2. 14. L. 17. §. 3. L. 18. D. de iureiur. 12. 2. c L. 4. Cod. quae res pign. 8. 17. L. 3. Cod. de novat. 8. 42. cf. L. 17. D. de transact. 2. 15. d L. 16. pr. D. de pact. 2. 14. L. 18. pr. D. de pign. act. 13. 7. L. 26. D. de procurat. 3. 3..

durch einen unter sich zu führenden Proceß überlassen, nach Umständen aber durch gerichtliche Deposition des Schuldgegenstandes seiner Schuldverbindlichkeit sich entledigen [4].

Aus dem ersten Gesichtspunkt ergibt sich, daß der Cessionar die Forderung ganz so, aber auch nur so, wie sie dem Cedenten zustand [5], geltend machen kann [e]; also einerseits mit den Vortheilen, welche derselben anhaften [f], auch wenn diese durch ein besonderes Recht des Cedenten [6] begründet sind [g], andrerseits aber auch mit den Beschränkungen, also insbesondere unter Zulassung der Einreden [7], welche dem Cedenten selbst als Gläubiger entgegenständen [h], vorausgesetzt, daß deren rechtliche Begründung der Zeit vor Kundgebung der geschehenen Cession angehört [i]. Besondere persönliche Rechte des Cessionars können den Inhalt oder die Wirksamkeit der Forderung nicht zu dessen Vortheil ändern, wenn gleich solche in Beziehung auf deren Ausübung ihm zu statten kommen können [8].

Anm. 1 Anfangs hatte erst die Litiscontestatio des Cessionars mit dem debitor cessus diese Wirkung, als wodurch jener dominus litis wurde. Nach Einführung der utilis actio, welche einer allfälligen Erlöschung des mandatum ad agendum ihre Wirkung benahm, wurde jene schon mit der Kundgebung der geschehenen Cession verknüpft. Vgl. a) L. 17. D. de transact. 2. 15. (Papinian.) Si venditor hereditatis, emtori mandatis actionibus, cum debitore hereditario, qui ignorabat venditam esse hereditatem, transegit, et emtor hereditatis hoc debitum ab eo exigere velit, exceptio transacti negotii debitori propter ignorantiam suam accomodanda est. b) L. 4. Cod. quae res pign. 8. 17. (Imp. Alexander) ... ille, cuius nomen tibi pignori datum est (nisi ei, cui debuit, solvit, nondum certior a te de obligatione tua factus), utilibus actionibus satis tibi facere ... compelletur, quatenus tamen ipse debet. c) L. 3. Cod. de novat. 8. 42. (Gordian.) Si delegatio non est interposita debitoris tui ac propterea actiones apud te remanserunt, quamvis creditori tuo adversus eum solutionis causa mandaveris actiones, tamen, antequam lis (Hal. *litem*) contestetur vel aliquid ex debito accipiat vel debitori tuo denuntiaverit, exigere a debitore tuo debitam quantitatem non vetaris et eo modo tui debitoris exactionem contra eum inhibere. Quodsi delegatione facta iure novationis tu liberatus es, frustra vereris, ne eo, quod quasi a cliente suo non faciat exactionem, ad te periculum redundet etc. Es fragt sich aber, wie dem

[e] L. 8. Cod. h. t. 4. 39. (§. 254. Anm. 4. c.). [f] L. 23. pr. D. h. t. 18. 4. L. 6. 7. Cod. de O. et A. 4. 10. L. 14. Cod. de fideiuss. 8. 41. cf. L. 6. D. h. t. L. 2. D. de cess. bon. 42. 3. [g] L. 24. pr. D. de minor. 4. 4. L. 43. D. de usur. 22. 1. L. 2. Cod. de his qui in prior. loc. 8. 19. [h] arg. L. 70. §. 2. D. ad Sc. Treb. 36. 1. L. 17. D. de transact. 2. 15. cf. L. 175. §. 1. L. 177. D. de R. J. [i] arg. L. 17. cit. (not. c. d.).

Schuldner die Kunde von der Cession geworden seyn müsse? Eine Meinung verlangt dazu Benachrichtigung durch den Cessionar (denuntiatio), welche freilich auch, wenn dieser als solcher eine Theilzahlung vom Schuldner empfängt, vorausgesetzt oder eben darin enthalten ist (vgl. jetzt vorzüglich Muffet in Linde's Ztschr. n. F. XII. 12.), und neuerdings hat man dies als eine Inbesitznahme der Forderung qualificirt, wodurch erst diese definitiv auf den Cessionar übergehe, gleichwie das Eigenthum durch Tradition (Windscheid, die Actio S. 140. fg.). Gegen diese letzte Anschauung haben sich bereits sowohl Muther a. a. O. S. 171. fg. als Bähr a. a. O. S. 427. erklärt, obwohl sonst wesentlich von einander abweichend, indem jener eine den Cessionar sichernde Wirkung nur der Benachrichtigung durch diesen selbst, der letzte auch einer anderswie erhaltenen Kunde des Schuldners beilegt. Für das erste scheinen L. 4. und L. 3. citt. zu sprechen. Aber L. 17. cit. setzt, um eine solche Wirkung auszuschließen, überhaupt ignorantia des Schuldners voraus, und es ist nur ein Nothbehelf, darin (mit Puchta im Rtslex. S. 655.) eine Ausnahme für gewisse Fälle zu erkennen, unberechtigt aber auch andererseits, (mit Muffet und Muther a. a. O.) dabei nur an den Fall zu denken, wenn der Schuldner nicht durch den Cessionar benachrichtigt ist, zumal wenn man mit Muther alles auf den dolus des Schuldners stellt; eben so gut kann angenommen werden, daß in L. 4. cit. die Kundgebung durch den Cessionar nur als das gewöhnliche erwähnt sey, und L. 3. cit. ist vielleicht nicht von einer eigentlichen nominis in solutum datio, sondern von dem Falle zu verstehen, wenn ein Schuldner seinem Gläubiger nur zu dem Zwecke eine Klage cedirt hat, um sich durch den Empfang der Zahlung für seine Forderung Zahlung zu verschaffen. Daß aber auch die Kundgebung von Seiten des Cedenten, der in dieser Beziehung selbst als Stellvertreter des Cessionars erscheinen kann, jene Wirkung haben könne, dafür gibt noch L. 27. in f. L. 28. D. de procurat. 3. 3. ein Argument (Mühlenbruch S. 494.). Vgl. Seuffert's Arch. III. 156. VI. 25. vgl. VII. 301. Angemessene nähere Bestimmungen enthält das Preuß. Landr. I. 11. §. 414...419., wo mit Recht der Benachrichtigung durch den Cedenten vorzüglich entscheidendes Gewicht beigelegt wird. Das östr. bürg. Gstzb. §. 1395. 1396. legt nur darauf Gewicht, ob dem Schuldner der Uebernehmer der Forderung bekannt geworden ist.

2 Die Frage, welchem von mehreren, denen der Gläubiger zu verschiedener Zeit die Forderung cedirt hat, der Vorzug gebühre, beantwortet sich verschieden, je nachdem man der einen oder andern Ansicht über die Bedeutung der Denunciation beipflichtet. (Anm. 1.) Vgl. einerseits Muffet und Windscheid a. a. O., andrerseits Schäffer im Arch. f. prakt. Rtsw. I. 23. IV. 18., und Bähr a. a. O. S. 435. fg. Jedenfalls aber befreit sich der noch unkundige Schuldner durch Zahlung an den späteren Cessionar eben so wie durch Zahlung an den Cedenten.

3 Gegen die herrschende Ansicht, welche wenigstens der Denunciation die oben angegebenen Wirkungen beilegt, behauptet neuerdings Muther a. a. O. §. 63. 64., daß auch nachher noch der Schuldner durch Zahlung an den Cedenten die Obligatio tilgen und eben so andre liberatorische Rechtsgeschäfte mit demselben wirksam vornehmen könne, und nur ex dolo dem Cessionar hafte, wenn dieser nicht von dem Cedenten Befriedigung erlangen könne (arg. L. 2. §. 5. D. h.

t. 18. 4. vgl. mit L. 6. D. de dolo. 4. 3.); und ist dadurch selbst Windscheid, soviel das R. Recht betrifft, in seiner Ueberzeugung wankend geworden (die Actio, Abwehr gegen Muther, S. 79.). Es ist zuzugeben, daß nach römischer Ansicht ipso iure durch jene Zahlung die Obligatio getilgt wurde; Acceptilatio der cedirten verborum obligatio war sogar nur durch den Cedenten möglich. Allein a) gegenüber den Stellen in Anm. 1. fehlt es an genügendem Grunde, um zu behaupten, daß der Schuldner dem Cessionar in obigem Falle nur in subsidium hafte, da L. 2. §. 5. cit. der geschehenen Denunciatio nicht erwähnt, und auch selbst nach dieser die actio emti gegen den Erbschaftsverkäufer kein Bedenken hat, übrigens nicht in allen Cessionsfällen eine Contractsklage gegen den Cedenten begründet ist; es ist auch b) nicht begründet, eine in integrum restitutio (also mit Beobachtung der Restitutionsfrist) gegen den Verlust der mandata actio zu erfordern, vielmehr consequent, wie im Fall der wörtlichen, so auch im Fall der thatsächlichen Zurücknahme des Mandats durch Zahlungsempfang dem Cessionar die utilis actio gegen den Schuldner, den nicht Unkenntniß entschuldigt, einzuräumen. So aber ergibt sich, daß durch die Zahlung u. dgl. nur eine nuda iuris civilis obligatio getilgt ist, die Forderung aber materiell ungeachtet derselben noch fortbesteht: vgl. L. 27. in f. D. de procurat. 3. 3.

4 Praktische Bemerkungen darüber enthält Bährs Abh. a. a. O. S. 450. fg.

5 Oestr. bürg. Gstzb. §. 1394.: „Die Rechte des Uebernehmers sind mit den Rechten des Ueberträgers in Rücksicht auf die überlassene Forderung eben dieselben." — Mit Recht bemerkt Bähr, die Anerkennung S. 180. „Die Cession bewahrt noch bis in das heutige Recht im Wesentlichen die Natur des mandatum ad agendum, und man wird nicht ohne erhebliche Bedenken, namentlich nicht ohne große Gefährdung des Schuldners diesen Grundgedanken verlassen können;" und erklärt es in den Jahrb. für Dogm. I. S. 445. „für vollkommen richtig, wenn man mit Mühlenbruch principiell davon ausgeht, ... daß die actio utilis dem Cessionar keine weiter gehenden Rechte, als die actio mandata, gegeben habe, und daß man daher auch noch nach heutigem Rechte sagen könne: der Cessionar gilt dem Schuldner gegenüber einem processualischen Vertreter des Cedenten gleich," wenn gleich die „selbständige Stellung des Cessionars dem Cedenten gegenüber auch einigen Einfluß auf sein Verhältniß zum debitor cessus äußert." Vang. III. S. 615.

6 Streitig: inwiefern ein privilegium exigendi personae des Cedenten dem Cessionar nütze? Mühlenbruch S. 566. fg. Dagegen Puchta S. 657. Vang. III. S. 132. arg. L. 68. D. de R. J. L. 42. D. de adm. tut. 26. 7. Ex pluribus tutoribus in solidum unum tutorem iudex condemnavit: in rem suam iudicatus procurator datus privilegium pupilli non habebit, quod nec heredi pupilli datur; non enim causae, sed personae succurritur, quae meruit praecipuum favorem. Vgl. Windscheid Actio S. 186. fg. Nicht darauf, sondern auf das privilegirte Pfandrecht bezieht sich L. 7. Cod. de priv. fisci. 7. 73. — Vgl. Preuß. Landr. I. 11. §. 403. „Auch besondere Vorrechte, welche der cedirten Forderung in Rücksicht ihrer Natur und Beschaffenheit beigelegt sind, gehen, selbst ohne ausdrückliche Uebertragung, auf den neuen Inhaber mit über." §. 404. „Dahin gehören auch solche Vorrechte, welche der

Forderung selbst, in Rücksicht auf die persönliche Eigenschaft ihres ersten Inhabers, zukommen; nicht aber bloße persönliche Befugnisse, welche, wie die Vorrechte des Fiscus wegen des Gerichtsstandes und der Sportelfreiheit, blos bei Gelegenheit der cedirten Forderung von dem vorigen Inhaber ausgeübt werden konnten."

7 Anwendung a) auf die exceptio doli? bestritten noch von Mühlenbruch in der 2. Aufl. S. 568. fg., sofern nicht der Dolus des Cedenten in unmittelbarer Verbindung mit dem Grunde des Forderungsrechts stehe, oder der Cessionar die Forderung ex causa lucrativa erhalten habe: arg. L. 4. §. 17. 28. 29. D. de doli m. exc. 44. 4. (womit zu vergl. Gai. II. 34. 35. III. 85.). Anders derselbe in der 3. Aufl. S. 593. fg., vgl. Vang. §. 575. Anm. 1. b) auf die exceptio pacti de non petendo in personam? von demselben ebenfalls noch bestritten in der 2. Aufl. S. 571.; dagegen in der 3. Aufl. S. 599. c) auf die Einrede der Competenz? für die Fälle in §. 225. Anm. 2. bestritten von Mühlenbruch S. 591. Puchta im Rtslex. S. 662.; dagegen Vang. §. 575. Anm. 1. a. E. d) auf blos processualische Einreden? dagegen Vang. a. a. O. u. a.; vgl. überhaupt noch Francke im civ. Arch. XVI. 15. und Windscheid a. a. O. S. 181. fg. e) Verzicht des Schuldners auf seine Einreden: stillschweigender im Fall der Zuziehung zur Cession? „An sich kann seiner Zuziehung nur dann diese Wirkung beigelegt werden, wenn sein Schweigen außerdem als Betrug qualificirt werden müßte." Puchta Vorles. I. S. 125. f) Zulässigkeit einer Widerklage gegen den Cessionar aus einem Recht gegen den Cedenten? L. 33. §. 5. L. 34. 70. D. de procurat. 3. 3.? Mühlenbruch §. 62. Puchta im Rtslex. S. 663.

8 Ausnahme für den Fiscus, nach L. 6. pr. D. de iure fisci. 49. 14. cf. L. 17. §. 6. D. de usur. 22. 1.?. Mühlenbruch §. 58. Puchta a. a. O. S. 661. fg. Vang. §. 575. Anm. 2. a. E. Vgl. Preuß. Landr. I. 11. §. 405. „Der Cessionarius kann sich seiner persönlichen Vorrechte gegen den Schuldner so wenig, als gegen die übrigen Gläubiger desselben bedienen." §. 406. „Es kommen also auch dem Fiscus, Kirchen, milden Stiftungen und anderen privilegirten moralischen Personen, welche von anderen Privatpersonen Forderungen an sich lösen, in Ansehung derselben diejenigen Vorrechte nicht zu, welche die Gesetze den ihnen selbst ursprünglich zustehenden Forderungen und Gerechtsamen beilegen."

§. 257.

Die Rechte und Verbindlichkeiten des Cedenten und Cessionars gegeneinander bestimmen sich durch die Natur und den Inhalt des Rechtsgeschäfts oder Rechtsverhältnisses, welches den Grund der Cession enthält (§. 255.). Davon hängt es insbesondere ab, ob der Cedent dem Cessionar für die Richtigkeit der Forderung hafte, verum nomen esse, und für deren Klagbarkeit? ob auch für die Güte derselben, bonum nomen esse? Das letzte ist in der Regel nicht der Fall; das erste dagegen ist regelmäßig der Fall bei

freiwilligen Cessionsgeschäften gegen eine Gegenleistung [a]. Uebrigens bewirkt die Cession an sich im Allgemeinen nur, daß der Cedent die Geltendmachung der Forderung durch den Cessionar nicht hindern kann [b], vielmehr der Regel nach (nisi aliud actum est) auch die ihm zu Gebote stehenden Hülfsmittel dem Cessionar gewähren [c], und, was er etwa später noch vom Schuldner erhält, jenem herausgeben muß [d].

C. Beschränkungen der Cession.

§. 258.

1) Rücksichtlich der Zuläßigkeit.

Nach der Natur der Sache muß die Cession einer Forderung unzuläßig seyn, insofern deren Ausübung durch den Cessionar gar nicht oder nicht ohne Aenderung ihres Inhalts möglich ist, weil es bei der Leistung auf die Person des Empfängers ankommt [1]; desgleichen sofern die Forderung nur eine rein persönliche Genugthuung des Gläubigers bezweckt, welchen Charakter sie durch Ueberlassung derselben an einen Andern verlieren würde [2]. Außerdem ist in gewissen Fällen die Cession von Forderungen durch besondere gesetzliche Bestimmungen für unzuläßig erklärt [3].

Anm. [1] Dahin gehören z. B. die Retractsklagen des deutschen Rechts, sofern sie eine besondere Eigenschaft des Gläubigers voraussetzen; sodann Forderungen auf Dienstleistungen, die sich an die Person knüpfen, arg. L. 9. §. 1. D. de op. lib. 38. 1.; die Forderung auf Bestellung einer persönlichen Servitut. Doch steht nichts im Wege, die Klage auf Bestellung des Nießbrauchs in der Art abzutreten, daß dieser für den eigentlichen Gläubiger bestellt, die Ausübung desselben aber sofort dem Cessionar eingeräumt werde.

[2] Es sind dies die sog. actiones vindictam spirantes (§. 104. Anm. 1.). Die Unzuläßigkeit ihrer Cession ist zwar nicht gesetzlich ausgesprochen, daher auch nicht unbestritten. Aber vgl. Mühlenbruch §. 26. — Nach R. R. konnten auch Popularklagen nicht cedirt werden, da sie jedem Bürger als solchem, keinem (ante litem contestatam) als besonderes Recht zustanden. L. 5. 7. §. 1. D. de pop. act. 47. 23. §. 100. a. E.

[3] Dahin gehört: a) das Verbot der Cession an eine einflußreichere Person, in der Absicht, den Schuldner durch Vorschiebung des mächtigeren Gegners in eine nachtheiligere Lage zu versetzen. L. 1. 2. Cod. ne liceat potentioribus patrocinium litigantibus praestare vel actiones in se transferre 2. 14.

[a] L. 4. 5. D. h. t. 18. 4. L. 74. §. 3. D. de evict. 21. 2. cf. *α*) L. 10...12. D. h. t. *β*) L. 18. §. 3. D. de donat. 39. 5. *γ*) L. 75. §. 1. 2. D. de legat. I. *δ*) L. 31. pr. D. de act. emti. 19. 1. [b] L. 28. 55. D. de procurat. 3. 3. [c] L. 6. 14. pr. 23. pr. D. h. t. 18. 4. [d] L. 25. §. 1. eod.

Vgl. Seuffert §. 299. not. 1. „Das Verbot ... möchte heutzutage, wo Gleichheit vor dem Gesetze besteht, nicht mehr anwendbar seyn;" jedenfalls nicht mehr angemessen. Vang. 6. Aufl. III. S. 122. Ungegründet aber ist die Behauptung (Mühlenbruch §. 30.), daß das Gesetz sich nur auf simulirte Cessionen beziehe. Puchta im Rtslex. S. 646. b) „die wunderliche, in der Praxis sehr häufig nicht mehr beachtete Vorschrift der Reichsgesetze, daß ein Jude seine Forderung gegen einen Christen nicht an einen andern Christen cediren dürfe" (Vang. a. a. O. S. 123.), RA. v. 1551. §. 79. RPO. v. 1577. XX. §. 4., die gewissermaßen unter den Gesichtspunkt von a fällt. c) das Verbot der Cession einer Forderung gegen den Mündel an den Vormund, selbst nach Beendigung der Vormundschaft, vorausgesetzt, daß die Forderung schon früher entstanden war; nov. 72. cap. 5. (nicht eben so der gegen eine juristische Person an deren Geschäftsführer). d) das Verbot der Cession streitiger Forderungen. L. 3. 4. Cod. de litigiosis. 8. 37. §. 113. Anm. 4. h. — Im letzten Falle ist die Cession nichtig, in den Fällen a...c. hat sie Befreiung des Schuldners zur Folge, selbst quoad naturalem obligationem. Vgl. Puchta im Rtslex. S. 645. fg. Vang. a. a. O. gegen von der Pfordten, de obligationis civilis in naturalem transitu. Lips. 1840. pag. 40. und Mühlenbruch §. 32., welcher letzte aber (§. 30. 34.) in den Fällen a. b. die Forderung dem Fiscus zuspricht.

4 Als unzuläßig pflegt man noch anzuführen a) die Cession einer Forderung gegen den Sohn an den Vater, und umgekehrt, arg. L. 7. D. de O. et A. 44. 7. L. 4. D. de iud. 5. 1. b) die Cession einer accessorischen Forderung ohne die Hauptforderung. Dagegen Vang. a. a. O. S. 119. vgl. Sint. §. 128. not. 29. 39.

§. 259.

2) Rücksichtlich der Wirkung.

Eine besondere Beschränkung ist durch eine Verordnung von Kaiser Anastasius (lex Anastasiana [a]), ergänzt durch eine Verordnung von Justinian [b], für den Kauf von Forderungen eingeführt worden [1]. Der Cessionar, der es durch Kauf geworden ist, soll nur diejenige Summe einklagen können, die er als Preis für Abtretung der Forderung gezahlt hat, mit Zurechnung landesüblicher Zinsen [c], und zwar auch dann nicht mehr, wenn ihm nur ein Theil der Forderung verkauft, der andere geschenkt, oder der ganze Kauf unter scheinbarer Schenkung versteckt ist [d]. In Ansehung des Restes ist die Forderung kraft des Gesetzes getilgt [e]; daher kann auch der zweite Cessionar nicht mehr fordern, als sein Cedent gezahlt hatte [2]. Den Beweis, wie viel er gezahlt habe, muß der Cessionar führen, wenn der Kauf als Cessionsgrund feststeht [3].

[a] L. 22. Cod. mandati. 4. 35. (Imp. Anastasius Eustathio p. p.). [b] L. 23. Cod. eod. (Imp. Justinianus A. Joanni p. p.). [c] L. 22. cit. [d] L. 23. cit. [e] L. 23. §. 1. cit.

Nach ausdrücklicher Bestimmung findet das Gesetz keine Anwendung auf Cessionen zum Zweck der Auseinandersetzung einer Gemeinschaft, auf die Abtretung der Forderung an Zahlungsstatt oder zu Gunsten des Pfandbesitzers, der den Gläubiger abfindet [f]; Fälle, in denen besondere Umstände die Cession veranlassen. Nach der Natur der Sache und der Absicht des Gesetzes ist dasselbe auch unanwendbar auf Forderungen, deren Gegenstand nicht Geld ist, oder die nicht als einzelne, sondern nur als zu einer Gesammtheit gehörig in dieser gekauft sind, sodann auf solche Forderungen, die ihrer Natur nach bestimmt sind, Gegenstand des Handelsverkehrs zu werden (Wechselforderungen, Staatsobligationen u. dgl.), sowie auf Forderungen von gewagter Natur, welche von Anfang an auf einen ungewissen Gegenstand gehen.

Anm. 1 Ueber das Gesetz überhaupt, dessen Gründe und Zweckmäßigkeit, vgl. Mühlenbruch §. 53. Puchta im Rtslex. S. 647. fg.

2 Gegen die abweichende Meinung von Arnold, prakt. Erörtr. I. 13., vgl. Puchta §. 285. not. l. Seuffert Arch. II. 31. — Neuerdings aber ist von Mehreren wieder die Meinung vertheidigt, daß der Rest der Forderung nur im Falle der L. 23. Cod. l. c. (not. d.) getilgt sey, sonst dem Cedenten verbleibe. Unterholzner I. S. 510. Brackenhöft im civ. Arch. XXIII. 6. Herrmann das. XXXI. 3. Dagegen Vang. §. 576. Anm. 1. — Ob eine naturalis obligatio übrig bleibe? von der Pfordten l. c. Unterholzner S. 511. Dagegen Vang. §. 576. Anm. 1. a. E. — Verzicht auf die exceptio legis Anastasianae? Seuffert's Arch. II. 30.

3 So die herrschende Meinung, dem Zweck des Gesetzes entsprechend. Puchta im Rtslex. S. 641. Vang. §. 576. Anm. 2. Seuffert §. 303. und dessen Arch. I. 29. (Plenarbeschluß des OAGerichts in München vom 20. April 1843.). — Abweichende Ansichten: a) der Schuldner habe zu beweisen, wie viel weniger der Cessionar gezahlt habe, neuerdings vertheidigt von Burchardi im civ. Arch. XVIII. 8. b) dem Schuldner liege der Beweis nur ob, wenn er nach L. 23. cit. theilweise Tilgung der Schuld behaupte, dem Cessionar, um sich nach L. 22. cit. zur Klage auf das Ganze zu legitimiren. Brackenhöft und Herrmann a. a. O. Gegen beide Vang. a. a. O. — Beweiskraft einer Empfangsbescheinigung des Cedenten? Seuffert a. a. O. (Motive zu dem angeführten Plenarbeschluß).

VI. Aufhebung der Obligationen [a].

§. 260.

Die Obligatio wird ihrer Natur nach vor allem durch die Befriedigung der Forderung des Gläubigers aufgehoben, also durch

[f] L. 22. in f. l. c.
[a] Inst. quibus modis obligatio tollitur. 3. 29.

Erfüllung, Zahlung (§. 218.), oder was dieser gleich wirkt. Aber außerdem kann die Obligatio noch auf verschiedene Art theils mit theils ohne Willen des Gläubigers aufgehoben werden, bald ipso iure bald ope exceptionis (§. 217.). Die Aufhebung bewirkt für den Schuldner Befreiung von der Schuld, und diese ist für denselben der Aufhebung gleich. Bei der Theilnahme mehrerer Personen aber an einem und demselben Schuldverhältniß ist es möglich, daß für einen Schuldner Befreiung eintrete, ohne daß die Obligatio überhaupt aufgehoben würde (§. 213.).

A. Durch Zahlung.

§. 261.

Zahlung, solutio [a], d. i. die in der Absicht, die Verbindlichkeit zu erfüllen [b], geschehende Leistung des Gegenstandes der Obligatio (§. 219.), an den zum Empfang fähigen Gläubiger oder dessen befugten Stellvertreter [c], oder an denjenigen [d], welchem zahlen zu dürfen bei der Begründung der Obligatio der Schuldner ermächtigt worden ist [1] (solutionis causa adiectus), hebt die Obligatio vollständig auf, auch wenn sie durch einen Andern, als den Schuldner selbst, geschieht [e]. Kann die Zahlung dem Gläubiger nicht oder doch nicht mit Sicherheit geleistet werden, so kann sich der Schuldner durch gerichtliche Hinterlegung des Schuldgegenstandes [2] befreien [f], unter Umständen selbst ohne diese der zu leistenden Sache sich entledigen [g].

Hat der Zahlende mehrere Schulden an den Empfänger zu berichtigen, so kann er beliebig bestimmen, für welche derselben die Zahlung gelten solle [h]; unterläßt er es, so kann sofort der Gläubiger die Bestimmung treffen, jedoch, wenn der Schuldner nicht zustimmt, nur mit Rücksicht auf das, was für diesen das Vortheilhaftere ist [i]. Außerdem ist eine Zinsschuld vor der Hauptschuld, sodann die fällige vor der nicht fälligen, ferner die für den Schuldner

[a] Dig. de solutionibus et liberationibus. 46. 3. Cod. 8. 43. [b] L. 55. D. h. t. [c] L. 12. pr. §. 2. 4. L. 14. 15. L. 38 §. 1. L. 86. D. h. t. [d] L. 9. pr. 10. 12. §. 1. 3. L. 38. pr. L. 59. 71. pr. L 95. §. 6. L. 106. D. h. t. L. 56. §. 2. L. 141. §. 2. D. de V. O. 45. 1. L. 23. D. de fideiuss. 46. 1. [e] L. 23. 40. 53. D. h. t. (§. 219. not. c.). [f] L. 9. Cod. h. t. L. 7. §. 2. D. de minor. 4. 4. L. 18. §. 1. D. de usur. 22. 1. L. 6. 19. Cod. de usur. 4. 32. L. 8. Cod. de distr. pign. 8. 28. cf. L. 41. § 1. D. de usur. [g] L. 1. §. 3. D. de peric. 18. 6. [h] L. 1. L. 101. §. 1. L. 102. § 1. D. h. t. L. 1. Cod. h. t. [i] L. 1...3. pr. D. h. t. cf. L. 5. §. 3. eod.

lästigere vor der weniger lästigen, und von den in dieser Hinsicht gleichen die ältere vor der jüngern als bezahlt anzunehmen [k]; wo aber keine dieser Rücksichten entscheidet, ist die Zahlung auf alle nach Verhältniß anzurechnen [l]. Verschafft sich der Gläubiger die Bezahlung durch Verkauf eines für mehrere Forderungen bestellten Pfandes, so rechnet er die Zahlung zuerst auf die Zinsen ab, sodann auf die Hauptforderungen nach seiner Wahl, selbst nicht klagbare [m], jedoch, wenn für mehrere Forderungen gleichzeitig das Pfand bestellt war, auf jede nach Verhältniß [n].

Anm. [1] Ueber den solutionis causa adiectus (z. B. bei der Stipulation: *mihi aut Titio dare spondes? spondeo.*) s. Brandis im Rh. Mus. V. 11. Derselbe ist dem Gläubiger regelmäßig als Mandatar verpflichtet, ihm das Empfangene herauszugeben. §. 4. J. de inutil. stip. 3. 19. L. 131. §. 1. D. de V. O. 45. 1. L. 98. §. 5. D. h. t. Erleidet er eine Veränderung in seiner persönlichen Stellung, die den Gläubiger gefährdet, so soll ihm der Schuldner nicht mehr zahlen. L. 38. pr. L. 95. §. 6. D. h. t. L. 56. §. 2. D. de V. O. — Verschieden ist der Fall, wenn stipulirt ist: *mihi aut Titio, utrum ego velim, dare spondes?* L. 118. §. 2. D. de V. O. 453. Mommsen Beitr. II. S. 85.

[2] Die Deposition muß eine unbedingte seyn und den ganzen Schuldgegenstand begreifen, wenn nicht der Gläubiger wider Willen auch theilweise Zahlung sich gefallen lassen muß. Seuffert §. 284. not. 3. Seuffert's Arch. I. 34. II. 158. Wird das Deponirte zurückgenommen, ehe der Gläubiger es empfangen, so wird die Wirkung der Deposition wieder aufgehoben. L. 19. in f. Cod. de usur.

§. 262.

Die geschehene Zahlung hat zu beweisen, wer sich darauf beruft [a]. Um sich ein Beweismittel zu verschaffen, kann der Schuldner die Zahlung zurückhalten, wenn ihm nicht eine Urkunde über deren Empfang ausgestellt wird [b], Quittung [1], apocha [c]. Eine Quittung hat aber der Regel nach erst nach Ablauf von 30 Tagen seit ihrer Ausstellung Beweiskraft [d]; bis dahin kann diese durch querela non numeratae (non solutae) pecuniae beseitigt werden [2]. Bei einer Verpflichtung zu wiederkehrenden Leistungen begründen die Quittungen [e] über die drei zuletzt fällig gewordenen

[k] L. 3. §. 1...L. 5. pr. §. 2. L. 97. 103. D. h. t. L. 1. Cod. h. t. [l] L. 8. D. h. t. [m] L. 5. §. 2. L. 101. §. 1. D. h. t. L. 35. pr. D. de pign. act. 13. 7. [n] L. 96. §. 3. D. h. t.

[a] §. 114. not. k. [b] arg. L. 22. D. de usur. 22. 1. L. 18. Cod. de testib. 4. 20 [c] L. 19. §. 1. D. de acceptil. 46. 4. [d] L. 14. §. 1. 2. Cod. de non num. pec. 4. 30. [e] L. 3. Cod. de apochis publ. 10. 22.

eine Vermuthung für die Berichtigung der früher fälligen Leistungen[3]. Eine Vermuthung für die Zahlung oder anderweitige Tilgung der Schuld wird auch durch die Rückgabe des Schuldscheins an den Schuldner[f], sowie durch solche Aenderungen an demselben, wie sie zum Zeichen der Tilgung der Schuld vorzukommen pflegen[g], begründet[4].

Anm. [1] Ueber die Verbindlichkeit, eine Quittung auszustellen: Linde in der Ztschr. I. S. 244. fg. Seuffert's Arch. I. 330. — Eine überaus ängstliche Vorschrift hat Justinian in Betreff des Zeugenbeweises für Zahlung einer urkundlich bekannten Schuld erlassen; er soll nur durch fünf vollkommen glaubwürdige bei der Zahlung oder dem mündlichen Empfangbekenntniß zugezogene Zeugen geführt werden können. L. 18. Cod. de test. 4. 20. nov. 90. cap. 2. Diese Vorschrift aber, obwohl noch von Linde a. a. O. S. 241. fg. als zweckmäßig vertheidigt („was jedoch erhebliche Bedenken gegen sich haben dürfte," Bayer ord. Proceß S. 799.), wird nach der Behauptung der Meisten heutzutage nicht beachtet. Gesterding im civ. Arch. IV. 4. Vgl. jedoch Holzschuher II. 2. S. 170.

[2] Nur auf Quittungen bezüglich urkundlicher Schulden beschränkt den Satz Gneist, formelle Vertr. S. 31. — Ausgenommen sind a) nach gesetzlicher Bestimmung: Quittungen über öffentliche Abgaben. L. 14. §. 1. cit. L. 4. Cod. de apoch. publ. 10. 22. b) nach der Natur der Sache: α) öffentliche Urkunden, welche die Zahlung als vor der beglaubigenden Autorität geschehen bezeugen, Sint. §. 103. not. 90.; nicht alle Quittungen, die öffentliche Urkunden sind (Puchta §. 287.), auch nicht, wenn sie ein vor der öffentlichen Behörde abgelegtes Empfangsbekenntniß enthalten (Fritz Erläutr. II. S. 394.). β) Urkunden, die ein Bekenntniß enthalten, daß die Zahlung bereits in einem frühern näher angegebenen Zeitpunkt geschehen sey. Unterholzner I. S. 477. not. e. Auch spätere Anerkennung der Quittung schließt die Anwendung der Regel aus. arg. L. 4. Cod. de non num. pec. Streitig ist es, ob nach Ablauf der Frist noch Gegenbeweis zuläßig sey? (jedoch: Illud videlicet semper observando, ut in quibus non permittitur exceptionem non numeratae pecuniae opponere, vel ab initio vel post taxatum tempus elapsum, in his nec iusiurandum offerre liceat. L. 14. §. 3. Cod. l. c.) — Von der bisher herrschenden Meinung wesentlich abweichende Ansichten sind aber jetzt ausgeführt α) von Bähr, die Anerkennung als Verpflichtungsgrund, S. 317. fg., welcher dem Empfangbekenntniß überall sogleich einfache Beweiskraft beilegt, zubem aber die Anfechtung des die Tilgung der Schuld betreffenden Anerkennungsvertrages, welcher in jeder Quittung enthalten seyn soll (vgl. §. 267. Anm. 1. a. E.), wegen angeblichen Nichtempfangs nach Ablauf der gesetzlichen Zeitfrist völlig ausschließt (vgl. Arndts in d. krit. Ueberschau S. 41. fg. 219. fg. 235. fg. Brinz I. S. 426. fg. S. 639.); β) von Schlesinger, zur Lehre v. d. Formalcontracten

[f] L. 2. §. 1. D. de pact. 2. 14. L. 14. 15. Cod. h. t. 8. 43. §. 64. not. d. [g] L. 24. D. de probat. 22. 3.

und der querela non num. pec. S. 180. fg., insbesondere S. 259. fg., 279. fg., 321., welcher, um die Beweiskraft des Empfangbekenntnisses auszuschließen, von Seiten des Ausstellers den Beweis erfordert, daß dasselbe schon vor der Zahlung in Erwartung derselben ausgestellt worden sey, und diese Anfechtung nur innerhalb der gesetzlichen Frist gestattet. Vgl. darüber noch unten §. 281.

3 Die sonst allgemein angenommene Ausdehnung dieser Rechtsvorschrift auf Privatquittungen ist in neuerer Zeit von einigen Verehrern des Gesetzeswortes bestritten. Sint. §. 103. not. 93. Mit Recht macht man dagegen das argumentum a maiori ad minus geltend. Seuffert's Arch. I. 334. Uebrigens vgl. Gesterding im civ. Arch. IV. 3. Bülow Abh. II. 21.

4 Darüber Buchner und Hoffmann im Arch. f. prakt. Rtsw. I. 3. S. 111. fg.

§. 263.

Eine Leistung kann, wenngleich sie an sich nicht die Eigenschaften einer eigentlichen und wirksamen Zahlung hat, dennoch gleich dieser die Aufhebung der Obligatio wirken, wenn und soweit durch deren Erfolg in der That doch dem Gläubiger zugekommen ist, was ihm gebührt [a]. So z. B. wenn wegen mangelnder Veräußerungsbefugniß des Zahlenden unmittelbar dem Gläubiger das Gegebene nicht sicher gewährt, durch andere Umstände aber dieser Mangel des Erfolgs für ihn beseitigt wurde [b]; sodann wenn dem Erblasser des Gläubigers gezahlt worden ist [c], oder dem Gläubiger des Gläubigers, vorausgesetzt, daß dieses nicht dem rechtlichen Interesse des letzten zuwider geschehen [d], oder dem Geschäftsführer (negotiorum gestor) desselben [e], falls durch diesen die Zahlung dem Gläubiger zu Gute kommt oder von diesem genehmigt wird.

Anm. L. 61. D. h. t. In perpetuum quotiens id, quod tibi debeam, ad te pervenit, et tibi nihil absit, nec quod solutum est, repeti possit, competit liberatio. — L. 6. D. de doli exc. Si opera creditoris acciderit, ut debitor pecuniam, quam soluturus erat, perderet, exceptione doli mali creditor removebitur. Idem est et si creditori eius numeratam pecuniam ratam creditor non habeat. Müller im civ. Arch. XV. 12. Vang. III. §. 582. Sint. §. 103. not. 75.

B. Durch Compensation [1].

§. 264.

Wenn der Schuldner zugleich gegen seinen Gläubiger eine Forderung gleichartigen Inhalts hat, so ist eine abgekürzte gänzliche

a L. 61. D. h. t. 46. 3. b L. 19. §. 1. D. de reb. cred. 12. 1. L. 14. §. 8. D. h. t. 46. 3. L. 17. eod. L. 60. eod. c L. 11. §. 5. D. de pign. act. 13. 7. cf. L. 96. §. 4. D. h. t. d L. 6. D. de doli m. exc. 44. 4. e L. 34. §. 4. L. 58. pr. D. h. t. cf. L. 28. 34. §. 9. eod.

oder theilweise Zahlung durch Aufrechnung beider Forderungen gegeneinander möglich[a], Compensation[1]. Diese kann mit beiderseitiger Einwilligung natürlich immer stattfinden[b]. Der Schuldner kann aber, vom Gläubiger belangt, auch wider dessen Willen seine Gegenforderung in Aufrechnung bringen[3], wenngleich dieselbe aus einem andern Rechtsverhältniß als die Forderung des Gläubigers (ex dispari causa[c]) entstanden ist[4], und selbst auf Rechtsansprüche, die mittels dinglicher Klagen sich ergeben, soll dieses Anwendung finden[d]. Erforderlich aber ist dazu 1) das Daseyn einer nicht durch Exceptio entkräfteten, wenigstens als naturalis obligatio[5] wirksamen Gegenforderung[e], welche 2) dem Belangten selbst[f], sey es auch durch Cession[g], oder auch, wenn er als Bürge belangt ist, dem Hauptschuldner[h], oder demjenigen, der als Mitschuldner jenem regreßpflichtig ist[i], gegen diesen Kläger oder auch, aus älterem Rechtsgrunde[k], gegen dessen Cedenten zusteht[6]; sodann 3) Gleichartigkeit des Gegenstandes[l] der Forderung und Gegenforderung[7] und 4) gleiche Fälligkeit der Gegenforderung wie der Forderung[m]. Außerdem soll die Gegenforderung, wenn sie nicht aus demselben Rechtsverhältniß (ex eadem causa) herrührt, 5) auch liquide seyn[n], d. h., die Verwirklichung der klargestellten Forderung des Klägers soll nicht gehemmt werden durch die Rücksicht auf eine vorgeschützte Gegenforderung, zu deren Feststellung noch eine weitaussehende Verhandlung erforderlich wäre[8].

Anm. 1 Ueber die ältere Literatur dieser Lehre s. Glück XV. S. 59. fg. Dazu: Hasse, über die Compensation und ihre Liquidität, im civ. Arch. VII. 9. Bethmann-Hollweg zur Lehre v. d. Compens. im Rh. Mus. I. S. 257. fg. Krug, die Lehre v. d. Compens. Leipz. 1833. Hartter, das röm. deutsche Rt. der Comp. München 1837. Tellkampf im civ. Arch. XXIII. 14. Krug das. XXV. S. 211. fg. Sintenis, von der processualischen Natur der Compens., in Linde's Ztschr. XVIII. 1. Hartter das. XIX. 6. Brinz, d. Lehre von der Compensation. Leipzig 1849. Scheurl Beitr. Nr. 7. Dernburg, d. Compensation nach R. R. mit Rücksicht auf die neuern Gesetzg. Heidelb. 1854.

2 L. 1. D. h. t. Compensatio est debiti et crediti inter se contributio.

a Dig. de compensationibus. 16. 2. Cod. 4. 31. b L. 4. D. qui pot. 20. 4. L. 76. D. de V. S. cf. L. 11. §. 1. Cod. de rescind. vind. 4. 44. c Pauli sentt. II. 5. §. 3. §. 30. J. de action. 4. 6. cf. L. 10. § 2. 3. D. h. t. d L. 14. pr. Cod. h. t. §. 30. J. cit. e L. 6. 14. D. h. t. cf. L. 9. pr. eod. — L. 2. Cod. h. t. L. 8. D. eod. f L. 18. §. 1. D. h. t. L. 9. Cod. h. t. cf. L. 16. pr. L. 23. D. h. t. g L. 18. pr. D. h. t. h L. 4. 5. D. h. t. i L. 10. D. de duob. reis. 45. 2. k §. 256. not. i. l arg. L. 1. D. h. t. L. 4. Cod. h. t. L. 22. D. h. t. m L. 7. pr. D. h. t. cf. L. 16. §. 1. eod. — L. 15. eod. n L. 14. §. 1. Cod. h. t. (Justinian.) §. 30. J. cit.

L. 76. D. de V. S. Dedisse intelligendus est etiam is, qui permutavit vel compensavit.

[3] L. 2. D. h. t. (Julian.) Unusquisque creditorem suum eundemque debitorem petentem summovet, si paratus est compensare. cf. L. 12. Cod. h. t. Den Grund dafür gibt L. 3. eod. (Pompon.) an: Ideo compensatio necessaria est, quia interest nostra potius non solvere, quam solutum repetere, und L. 173. §. 3 D. de R. J. oder L. 8. pr. D. de doli exc. 44. 4. (Paul.): Dolo facit, qui petit quod redditurus est. Die letzte Stelle, glaubt Brinz S. 47., sey nicht auf das Verhältniß compensabler Gegenforderungen zu beziehen, sondern durch L. 8. §. 1. cit. zu erklären: Sic si heres damnatus sit *non petere a debitore*, potest uti exceptione doli mali debitor et agere ex testamento. Aber dies ist keine passende Anwendung des Satzes im §. pr., da hier umgekehrt eine Verpflichtung zum Zurückgeben (condictio indebiti) nur daraus abzuleiten wäre, weil der Empfänger petendo dolo fecisset. Das *agere ex testamento* geht nicht auf Zurückgeben, sondern auf vollständige Befreiung durch Acceptilatio. L. 3. §. 3. 7. §. 1. D. de lib. leg. 34. 3. „*Petit quod redditurus est*“ konnte Paulus allerdings, „genau gesprochen,“ auch von demjenigen sagen, welcher dieselbe Quantität zurückzugeben schuldig ist, weil bei vertretbaren Sachen tantundem = idem ist. L. 2. §. 1. D. de reb. cred. 12. 1. L. 3. cit. Dernburg S. 187. fg. Unhaltbar ist, was Ubbelohde über den Satz: ipso iure compensatur, S. 223., gegen diese Bemerkung einwendet; denn, weil der Legatar condictione indebiti klagen könnte, wenn er ungeachtet der ihm zustehenden exceptio in factum perpetua ignorans gezahlt hätte (L. 26. §. 7. D. de cond. indeb. 12. 6.), konnte Paulus nicht sagen, derselbe könne (natürlich non ignorans) doli exceptio entgegensetzen, weil der Kläger petit quod *redditurus est*.

[4] In §. 39. J. de action. 4. 6. sind die Worte „habita ratione eius, quod invicem actorem *ex eadem causa* praestare oportet, in reliquum .. condemnare“ nach Gai. IV. 61, wo nur von der Compensation in bonae fidei iudiciis die Rede ist, nachgeschrieben, während doch nach §. 30. J. eod. das „ex eadem causa“ nicht wesentlich ist.

[5] L. 6. D. h. t. Etiam quod natura debetur, venit in compensationem. In allen Fällen? Christiansen von der naturalis obl. S. 138. Sint. §. 82. not. 19. §. 104. not. 26. 27. Dernburg S. 437. fg. — Ueber L. 8. D. h. t. In compensationem etiam id deducitur, quo nomine cum actore lis contestata est, ne diligentior quisque deterioris conditionis habeatur, si compensatio ei denegetur: vgl. Sint. not. 28. Dernburg S. 457. fg.

[6] *Ex persona tertii compensatio fieri nequit.* Sint. not. 7. fg. Dernburg S. 357. fg. Eine Beschränkung dieser Regel enthält auch noch L. 9. D. h. t. Si cum filiofamilias aut servo contracta sit societas, et agat dominus vel pater, solidum per compensationem servamus, quamvis, si ageremus, duntaxat de peculio praestaretur. §. 1. Sed si cum filiofamilias agatur, an, quae patri debeantur, filius compensare possit, quaeritur. Et magis est admittendum, quia unus contractus est; sed cum conditione, ut caveat, *patrem suum ratum habiturum*, id est, non exacturum, quod is compen-

saverit. Dies ist aber nur auf Gegenforderungen ex eadem causa zu beziehen. Sint. not. 24. Dernburg S. 409. fg. vgl. auch Ubbelohde a. a. O. S. 243. fg. Ueber Compensation im Concurse vgl. Bayer Concursproc. §. 33. Sint. not. 16 . . . 21. Seuffert's Arch. II. 117. — Besondere Bestimmung: L. 1. Cod. h. t. Et Senatus censuit et saepe rescriptum est, compensationi in causa fiscali ita demum locum esse, si eadem statio quid debeat, quae petit. Atque hoc iuris propter confusionem diversorum officiorum tenaciter servandum est.

[7] Paul II 5. §. 3. Compensatio debiti ex pari specie et causa dispari admittitur: velut si pecuniam tibi debeam et tu mihi pecuniam debeas, aut frumentum aut cetera huiusmodi, licet ex diverso contractu, compensare vel deducere debes; si totum petas, plus petendo causa cadis. Gai. IV. 66. . . . in compensationem hoc solum vocatur, quod eiusdem generis et naturae est, veluti pecunia cum pecunia compensatur, triticum cum tritico, vinum cum vino. Im Justinianischen Recht wird dieses Erforderniß stillschweigend vorausgesetzt, z. B. in L. 4. Cod. h. t. „si constat, pecuniam invicem deberi," als im Begriff selbst gegeben, L. 1. D. h. t. Eine Folgerung daraus enthält L. 22. D. h. t., wornach bei einer alternativen Forderung Compensation nur stattfindet, wenn der wahlberechtigte Gegner sich für den gleichartigen (compensabeln) Gegenstand entschieden hat. Nicht widersprechend ist, daß nach not. d. auch bei dinglichen Klagen Compensation zulässig seyn soll; denn auch diese können in ihrem Erfolg auf Geldzahlung gehen, ja geradezu darauf gerichtet seyn, z. B. die Eigenthumsklage gegen den fingirten Besitzer (§. 167.), die Erbrechtsklage gegen den Schuldner der Erbschaft (L. 13. §. 15. D. de her. pet. 5. 3.). — Verschieden von der Compensation ist die Retention, die wegen ungleichartiger (connexer) Gegenansprüche stattfinden kann (§. 102. a. E.); sie bewirkt nicht Tilgung der Forderung, sondern nur Aufschub ihrer Erfüllung, zur Sicherung des Gegenanspruchs. — Eine andere Ansicht jedoch vertheidigt mit Scharfsinn Brinz a. a. O. S. 54. fg., S. 110. fg., S. 142. fg. Darnach soll L. 14. Cod. h. t. unter dem Namen der Compensation allgemein das Recht eingeführt haben, jeder Klage jede Art von Gegenansprüchen, ohne Rücksicht auf par species und Connexität, vertheidigungsweise, doch ohne doli exceptio, entgegenzusetzen und so gleichzeitig deren Anerkennung und Durchsetzung herbeizuführen. Justinian hätte also ein eigenthümliches Gemisch von Compensation, Retention und Widerklage geschaffen, unter einem Ausdruck, der doch im Justinianischen Rechte selbst einen bestimmten Sinn hat? Der Erklärungsversuch scheint nicht gelungen; in dem Satze des Textes würde er jedenfalls nichts ändern, da eine Compensation im eigentlichen Sinn als Tilgungsart einander gegenüberstehender Forderungen nach der Natur der Sache doch nicht stattfindet, wo nicht Gleichartigkeit des Gegenstandes, sey es ursprünglich oder vermöge der Zurückführung auf den Geldeswerth, vorhanden ist; er würde nur den neuen Satz ergeben, daß man durch jeden Gegenanspruch, soweit er nicht durch Compensation aufgehoben wird, auch ohne Widerklage, Verurtheilung des Klägers, wie in einem iudicium duplex, herbeiführen könne: processualisch ein bedenklicher Gewinn, civilrechtlich nur insofern bedeutend, als Jemand behaupten möchte, daß darnach sogar ein

naturalis obligatio „vertheidigungsweise" zur Verurtheilung des Klägers führen könne. Vgl. noch Sav. VI. §. 264. 265. Dernburg S. 358. fg. 404. fg.

8 *Liquidi cum illiquido nulla est compensatio.* — L. 14. §. 1. cit. Judices ... non procliviores ad admittendas compensationes existant, ... sed iure stricto utentes, si invenerint eas maiorem et ampliorem exposcere indaginem, eas quidem alio iudicio reservent, litem autem pristinam iam pene expeditam sententia terminali componant. Dernburg S. 463. fg. — Viele nehmen, in Uebereinstimmung mit der seit langer Zeit vorherrschenden Praxis, von dieser Vorschrift Umgang, wenn nur die illiquide Einrede der Compensation zu rechter Zeit, d. i. zugleich mit der Litiscontestation, vorgeschützt sey. Donell. ad L. 14. cit. Krug §. 89. Seuffert §. 287. not. 19. 20. u. a. Dernburg S. 476. fg. Seuffert's Arch. I. 366. Dagegen jedoch, mit Hasse und Bethmann-Hollweg a. a. O., Puchta §. 289. Vang. III. §. 618. Anm. 2. Sint. §. 104. not. 42. u. a. Seuffert's Arch. V. 123. vgl. II. 163. — Nach Brinz S. 151. fg. soll sich diese Vorschrift gar nicht auf die Fälle der eigentlichen Compensation beziehen, sondern nur auf die übrigen Fälle seiner Compensatio im w. Sinn (Anm. 7. a. E.). Auf Cempensationseinreden bei dinglichen Klagen und auf Fälle ursprünglicher Ungleichartigkeit beschränkt sie Scheurl S. 179. Gegen beide Dernburg S. 473. Anm. 3. Vang. S. 389.

§. 265.

Das gleichzeitige Bestehen gleichartiger Forderung und Gegenforderung hebt an sich keine von beiden auf. Von dem Gläubiger, der zugleich Schuldner seines Schuldners ist, hängt es ab, ob er seine Forderung ganz oder mit Abzug der Gegenforderung des Schuldners einklagen will [a]; ebenso hängt es von dem Schuldner, der zugleich Gläubiger seines Gläubigers ist, ab, ob er, von dem letzten auf den ganzen Betrag seiner Schuld belangt, seine Gegenforderung durch Aufrechnung geltend machen [1], oder, sofern sie klagbar ist, der Verfolgung durch besondere Klage vorbehalten will [b]; daher denn auch der Belangte von mehreren Gegenforderungen nach seiner Wahl [2] die eine oder andere oder mehrere [c], die Gegenforderung seines Mitschuldners aber nicht ohne des letzten Zustimmung in Aufrechnung bringen kann [d]. Ergreift aber der belangte Schuldner die Compensation, so ist die Sache so zu betrachten, als sey der Kläger durch die compensable Gegenforderung bereits befriedigt, soweit diese reicht [e]; der Richter muß ihn freisprechen, wenn dieselbe ebensoviel oder mehr beträgt, als des Klägers Forderung, er muß ihn zu minderem Betrag verurtheilen, wenn sie weniger als

a L. 21. D. h. t. b L. 2. D. h. t. (§. 264. Anm. 3.). L. 1. §. 4. D. de contr. tut. act. 27. 4. c L. 5. D. h. t. cf. L. 13. eod. d §. 264. not. i. e L. 4. Cod. h. t. L. 4. D. eod.

diese beträgt [f]. Diese Wirkung gänzlicher oder theilweiser Tilgung der einen Forderung durch die andere wird sogar zurückbezogen auf den Zeitpunkt, da zuerst beide als compensable Forderungen einander gegenüberstanden [3]; von diesem Zeitpunkt an ist das Recht der Compensation, also die daraus hervorgehende den Gegenanspruch tilgende oder mindernde Einrede begründet [g], so daß von da an auch die Zinsverbindlichkeit, die einer Forderung anhaftet, nur mehr rücksichtlich des Mehrbetrags derselben fortwirkt [h], und auch ein Verzug mit seinen Nachtheilen nur mehr in sofern statt finden kann [i]. Da, soweit die Compensation geltend gemacht worden, der Gläubiger, gleichwie durch Zahlung [k], als befriedigt anzusehen ist, so sind nun auch die Mitschuldner des Compensirenden befreit [4].

Hat der Schuldner aus Irrthum von dem Recht der Aufrechnung keinen Gebrauch gemacht, so kann er das zuviel Gezahlte zurückfordern durch indebiti condictio [l]. Ist die Compensation durch Urtheil, ausdrücklich oder stillschweigend, abgewiesen, so kommt es darauf an, ob dieses geschehen ist, weil die Gegenforderung nicht für gegründet oder weil sie nicht zur Aufrechnung geeignet erkannt wurde; im ersten Fall ist die anderweitige Geltendmachung durch Rechtskraft ausgeschlossen, im andern Falle noch möglich [m]. Wurde die Gegenforderung als illiquid zu besonderm Verfahren verwiesen, so kann die Wirkung der Compensation in diesem noch ausgeführt werden [5].

Anm. 1 Ueber die Art und Weise der Geltendmachung: §. 30. J. de action. In bonae fidei autem iudiciis libera potestas permitti videtur iudici, ex bono et aequo aestimandi, quantum actori restitui debeat. In quo et illud continetur, ut, si quid invicem praestare actorem oporteat, eo compensato, in reliquum ei is, cum quo actum est, condemnari debeat (cf. Gai. IV. 61 . . . 63.) Sed et in strictis iudiciis ex rescripto Divi Marci, opposita doli mali exceptione, compensatio inducebatur (cf. Theophil. ad h. l.). Sed nostra constitutio eas compensationes, quae iure aperto nituntur, latius introduxit, ut actiones ipso iure minuant, sive in rem, sive personales, sive alias quascunque, excepta sola depositi actione etc. cf. L. 14. pr. Cod. h. t. Compensationes ex omnibus actionibus ipso iure fieri sancimus, nulla differentia in rem vel personalibus actionibus inter

f §. 30. 39. J. de action. 4. 6. cf. L. 2. Cod. de plus petit. 3. 10. Paul. l. c. in fine. g L. 66. D. de R. J. L. 20. §. 3. D. de lib. causa. 40. 12. h arg. L. 40. D. de reb. cred. 12. 1. i L. 4. 5. Cod. h. t. L. 11. 12. D. h. t. k L. 4. Cod. l. c. l L. 10. §. 1. D. h. t. cf. L. 30. D. de cond. indeb. 12. 6. m L. 7. §. 1. D. h. t. L. 1. §. 4. D. de contr. tut. act. 27. 4. L. 8. §. 2. D. de neg. gest. 3. 5. cf. L. 30. cit.

se observanda. — Verschiedene Meinungen über Bedeutung und Wirksamkeit jener doli exceptio: Sintenis a. a. O. und Vang. §. 618. Anm. 1., dagegen Brinz S. 45. fg., gegen diesen aber Dernburg S. 172. fg. auch Vang. 6. Aufl. III. S. 378. fg., und neuestens Ubbelohde, über den Satz: ipso iure compensatur. Göttingen 1858. §. 10. 12 ... 14. 20. — Besondere Form des ältern Rechts für den Argentarius: Gai. IV. §. 64. Nam is cogitur cum compensatione agere, id est, ut compensatio verbis formulae comprehendatur; itaque argentarius ab initio compensatione facta minus intendit sibi dare oportere, z. B. *Si paret Titium sibi decem milia dare oportere amplius quam ipse Titio debet:* wovon Brinz S. 84. fg. nachzuweisen versucht, daß sie seit Marcus auch auf andere Fälle angewendet worden sey und den Uebergang zum neuern Recht gebildet habe, während Scheurl a. a. O. annimmt, daß dieses agere cum compensatione oder nach Umständen cum deductione („id est, ut in hoc solum adversarius condemnetur quod superest," Gai. IV. 65.) eben durch Marcus verallgemeinert worden sey. Vgl. L. 21. D. h. t. (Paul.). Posteaquam placuit inter omnes id, quod invicem debetur, ipso iure compensari, si procurator absentis conveniatur, non debebit de rato cavere, quia nihil compensat, sed ab initio minus ab eo petitur. Dagegen Dernburg S. 240. fg. 326. fg. Anders wieder Ubbelohde a. a. O. §. 22. 23. vgl. §. 13. S. 147. fg. — Ueber die Bedeutung des *ipso iure compensari* (ob es heiße: von selbst? und in welchem Sinne? ob *non ope exceptionis?* oder: „nach festem Recht, nicht blos nach richterlichem Arbitrium?") vgl. die verschiedenen Meinungen bei Vang. 6. Aufl. III. §. 618. Anm. 1. S. 380. fg. Dazu jetzt noch Brinz in dem Jahrb. des gem. Rechts I. 2. und Ubbelohde a. a. O. S. 180. fg. Während jener seine frühere Ansicht, das *ipso iure* bilde den Gegensatz von *ope exceptionis* im formell processualischen Sinne jetzt aufgibt, und das *ipso iure compensari* nun so auffaßt, daß die Gegenforderungen von der Zeit ihrer Coexistenz an von selbst einander aufwiegen, nicht aber tilgen, hält der letzte den hier aufgegebenen Standpunkt fest, und sucht nachzuweisen, wie es auch nach dem späteren römischen Prozeß noch von practischer Bedeutung gewesen sey, daß bloß per exceptionem wirkende Vertheidigungsgründe in ipso iure wirkende verwandelt wurden. Was der letzte S. 3. nachdrücklich hervorhebt, daß seiner Untersuchung eine practische Bedeutung kaum beigelegt werden dürfe, gilt wohl auch von der des ersten; diese gibt nur zur Beruhigung logischer Scrupel eine neue Formel des Ausdrucks für die bisher herrschende Ansicht, daß die Coexistenz der Forderungen sofort ein Recht gebe, die eine wie die andere als von da an durch Aufrechnung (Aufwiegen) getilgte zu behandeln.

2 Fuhr im Arch. f. pract. Rtsw. I. 2. S. 141. fg. vgl. Vang. a. a. O. S. 374. gegen Krug a. a. O.

3 L. 4. Cod. h. t. (Alexander). Si constat, pecuniam invicem deberi, ipso iure pro soluto compensationem haberi oportet ex eo tempore, ex quo ab utraque parte debetur, utique quoad concurrentes quantitates, eiusque solius, quod amplius apud alterum est, usurae debentur, si modo petitio earum subsistit. L. 11. D. h. t. (Ulpian.). Cum alter alteri pecuniam sine usuris, alter usurariam debet, constitutum est a Divo Severo,

concurrentis apud utrumque quantitatis usuras non esse praestandas. L. 12. eod. Idem iuris est non solum in privatis verum etiam in causa fisci constitutum. Sed et si invicem sit usuraria pecunia, diversae tamen sint usurae, compensatio nihilominus locum habet eius, quod invicem debetur. — In L. 4. cit. emendirt Brinz d. Comp. S. 22. 23. *compensatione eam* statt *compensationem*, und verbindet *ipso iure* als Gegensatz von *ope exceptionis* unmittelbar mit *pro soluto* „als hieße es *pro ipso iure soluto.*" Das letzte würde als Gegensatz ein undenkbares ope exceptionis solutum voraussetzen; das erste wäre grammatisch nur zulässig, wenn es *pro soluta* hieße. vgl. Vang. S. 372. Ubbelohde a. a. O. §. 22. Doch beharrt dabei Brinz Jahrb. a. a. O. S. 38. — Der Ansicht, daß hier nur von einer auf besonderer gesetzlicher Bestimmung beruhenden Wirkung die Rede sey (Brinz S. 19. fg. S. 158.), steht L. 4. cit. entgegen, welche das Princip voranstellt und daraus die Beschränkung der Zinsverbindlichkeit ableitet; vgl. auch L. 5. Cod. h. t. „Aequitas compensationis excludit usurarum computationem." Vgl. Dernburg S. 306. fg. Fuhr a. a. O. S. 136. fg.

[4] Das Recht zur Compensation (not. c.) und die Wirkung der geschehenen Compensation sind dabei wohl zu unterscheiden. Huschke in Linde's Ztschr. II. S. 161.

[5] Hasse a. a. O. Dernburg S. 483. fg. Vang. S. 389.

§. 266.

Nach besonderer Bestimmung ist das Compensationsrecht, wenn auch die allgemeinen Voraussetzungen desselben gegeben sind, ausgeschlossen: 1) gegen Forderungen aus einem Depositum [a], 2) gegen die Klage wegen unrechtlicher Occupation einer Sache [b], 3) gegen Forderungen des Fiscus oder einer Stadtgemeinde wegen öffentlicher Abgaben und Leistungen [c], 4) gegen die Forderung des Fiscus auf den Kaufpreis verkaufter Sachen [d], und 5) gegen Forderungen einer Stadtgemeinde aus Darlehen und Vermächtnissen, oder auf Leistungen zu voraus bestimmten öffentlichen Zwecken [e]. Außerdem ist gegen den Fiscus die Compensation allgemein dadurch beschränkt, daß die Gegenforderung binnen zwei Monaten bewiesen seyn soll [f].

Anm. In Beziehung auf die unter 3...5 genannten Forderungen werden Fiscus und Stadtgemeinden gewöhnlich durchweg gleichgestellt, gegen den wörtlichen Inhalt der Gesetze. Sint. §. 104. not. 45...51. Ueber die Ausnahmen überhaupt, insbesondere auch über den Verzicht auf das Compensationsrecht: Dernburg S. 440. fg.

[a] L. 14. §. 1. Cod. h. t. L. 11. pr. Cod. depos. 4. 34. §. 30. in f. J. de action. 4. 6. [b] L. 14. §. 2. Cod. h. t. [c] L. 46. §. 5. D. de iure fisci. 49. 14. L. 3. Cod. h. t. [d] L. 46. §. 5. cit. L. 7. Cod. h. t. [d] L. 3. cit. [f] L. 46. §. 4. D. l. c. cf. L. 45. §. 10. D. eod.

C. Durch Vertrag.

§. 267.

1) Schlechthin befreiender Vertrag.

Eine jede Obligatio kann durch Uebereinkunft des Gläubigers und des Schuldners aufgehoben werden (liberatorischer Vertrag). Besteht ein Schuldverhältniß, auch ein gegenseitiges, noch lediglich so, wie es durch Vertrag begründet worden, so kann es blos durch entgegengesetzten Vertrag (mutuus dissensus oder contrarius consensus) vollkommen wieder aufgehoben und rückgängig gemacht werden, während, wenn von der einen oder andern Seite schon etwas geleistet worden, zwar auch dann dasselbe Ziel durch Vertrag erreicht werden kann, aber nicht durch blos aufhebenden, sondern zugleich zur Wiedererstattung des Empfangenen verpflichtenden Vertrag, und, wie sich von selbst versteht, überall nur ohne Beeinträchtigung der bereits dritten Personen erworbenen Rechte. Außerdem aber kann auch jede Forderung, sie mag durch Vertrag, einseitigen oder zweiseitigen, oder aus irgend einem andern Grunde entstanden seyn, durch Vertrag (Nachlaßvertrag) von Seiten des Gläubigers erlassen und so dem Schuldner Befreiung von seiner Schuldverbindlichkeit gewährt werden. Ob ein solcher Vertrag die Obligatio gänzlich, gleichwie durch Zahlung, also auch für Mitschuldner und Mitgläubiger, tilge, oder nur für den vertragschließenden Schuldner und im Verhältniß zu dem vertragschließenden Gläubiger Befreiung wirke, das hängt von dem besondern Sinn und Inhalt des Vertrages ab. Ist aber auch im einzelnen Fall die letzte geringere Wirkung anzunehmen, so ist doch dieser, wenn nicht die Beschränkung blos auf die Person des Vertragschließenden beabsichtigt war, die Ausdehnung zu geben, daß auch diejenigen bei dem Schuldverhältniß mitbetheiligten Personen kraft des Vertrages gegen die Forderung geschützt sind, gegen welche die Klage gleichfalls auszuschließen, damit nicht mittelbar die ihm gewährte Schuldbefreiung vereitelt werde, der Vertragschließende ein rechtliches Interesse hat [1].

Uebrigens erfordert der Erlaß einer Forderung keine besondere Form, kann daher auch stillschweigend geschehen. Auch kann eine Forderung theilweise erlassen werden. Ein theilweiser Nachlaß aber kann kraft besonderer Rechtsvorschrift in gewissen Fällen einem

Schuldner bezüglich aller seiner Schulden nach Beschluß der Mehrheit der Gläubiger auch gegen den Willen der übrigen gewährt werden [2].

Anm. [1] Wegen der hier wesentlich eingreifenden Verschiedenheit der römischen und der heutigen Theorie der Verträge (§. 232.) ist diese Lehre sehr streitig. Vgl. im Allgemeinen über die rechts- und dogmengeschichtliche Seite: Völdernndorff-Waradein, zur Lehre vom Erlaß, München 1850.; dazu Scheurl Beitr. II. 14. („Erlaßvertrag"). Insbesondere aber ist zu bemerken:

a) Allgemeiner Grundsatz des R. R. ist nach L. 100. D. de R. J. Omnia, quae iure contrahuntur, contrario iure pereunt. L. 35. eod. Nihil tam naturale est, quam eo genere quidque dissolvere, quo colligatum est; ideo verborum obligatio verbis tollitur, nudi consensus obligatio contrario consensu dissolvitur. L. 80. D. de solut. 46. 3. Prout quidque contractum est, ita et solvi debet, veluti quum mutuum dedimus, ut retro pecuniae tantundem solvi debeat, et quum verbis aliquid contraximus, vel re vel verbis obligatio solvi debeat, verbis, veluti, quum acceptum promissori fit, re, veluti quum solvit, quod promisit. Aeque quum emtio vel venditio vel locatio contracta est, quoniam consensu nudo contrahi potest, etiam dissensu contrario dissolvi potest. Hiernach wird

α) der Consensualcontract, re nondum secuta oder re integra, vollständig (ipso iure) aufgehoben durch contrarius consensus der Contrahenten. §. 4. J. quib. mod. toll. obl. 3. 29. L. 58. cf. L. 7. §. 6. D. de pact. 2. 14. L. 2. 3. 5. §. 1. 2. D. de rescind. vend. 18. 5. L. 95. §. 12. D. de solut. 46. 3. cf. L. 2. Cod. quando liceat ab emt. reced. 4. 45. cf. L. 5. pr. D. de rescind. vend. L. ult. D. de acceptil. 46. 4.

β) die verborum obligatio wird ipso iure aufgehoben durch acceptilatio, d. i. aliis, sc. contrariis, verbis, „*habesne acceptum? acceptum habeo.*" §. 1. J. l. c. Dig. de acceptilatione. 46. 4. Cod. 8. 44. Diese wirkt exemplo solutionis, als imaginaria solutio, und hebt die Obligatio für alle Correal-Gläubiger oder Schuldner auf. L. 13. §. 12. L. 16. D. h. t.

b) Das R. R. hat zudem ein auf alle Forderungen anwendbares formloses pactum de non petendo. Dig. de pactis. 2. 14. Cod. 2. 3. Dieses hebt zwar die Obligatio (ausgenommen gewisse Delictsobligationen, L. 17. §. 1. L. 27. §. 2. D. h. t.) nicht ipso iure auf; es begründet nur eine exceptio pacti conventi, welche dem einen Paciscenten, und, wenn das pactum in rem, nicht blos in personam abgeschlossen ist (§. 102.), seinem Interesse gemäß auch anderen Betheiligten, namentlich dem correus debendi socius, nicht dem correus non socius, zusteht, gegen die Klage des andern Paciscenten, nicht auch seiner Mitgläubiger; L. 7. §. 4. 7. et sqq. L. 10. §. 2.... L. 16. pr. L. 21. §. 2.... L. 27. pr. D. l. c. L. 3. §. 3. D. de lib. leg. 34. 3. L. 9. §. 1. D. de duob. reis. 45. 2.; so weit es aber definitiv befreiend wirkt, enthält es auch einen wahren Erlaß der Schuldverbindlichkeit, remissio debiti, L. 5. Cod. de remiss. pign. 8. 25. L. 33. Cod. de transact. 2. 4. cf. L. 55. D. de V. S., und so kann denn auch die als solche unwirksame Acceptilatio doch als Pactum

wirken. L. 8. pr. D. de acceptil. 46. 4. Mit Unrecht wird dem pactum de non petendo der Charakter eines Erlaßvertrages nach Völdernbdorff a. a. O. bestritten von Rudorff zu Puchta §. 297. not. a. (welcher sogar unhistorisch behauptet, es sey „überall keine Aufhebungsart einer Obligatio, sondern eine processualische Handlung, ein Sühnevertrag über einen Rechtsfriedensbruch oder Rechtsstreit"), und in andrer (minder greller) Weise von Scheurl. Vgl. dagegen Arndts in d. krit. Ueberschau II. S. 154. fg. Brinz Pand. I. S. 641.

c) Nach R. R. kann aber jede Obligatio durch Novation (§. 268.) in eine verborum obligatio umgewandelt und als solche sofort durch acceptilatio vollkommen aufgehoben werden; es war sogar eine eigene Formel dafür aufgestellt, um auf diese Weise auf einmal alle möglichen Rechtsansprüche des einen gegen den andern in einer verborum obligatio zusammenzufassen (Aquiliana stipulatio) und durch sofort sich anschließende Acceptilatio zu vernichten. §. 1. J. l. c. L. 18. §. 1. D. de acceptilat. 46. 4. L. 2. 4. 5. D. de transact. 2. 15.

d) Im heutigen Recht ist mit der Stipulation auch die Acceptilatio verschwunden. Daher nun die entgegenstehenden Ansichten: *α*) der Nachlaßvertrag des heutigen Rechts wirke regelmäßig ipso iure, gleich der Acceptilatio, z. B. Göschen §. 448. vgl. Unterholzner §. 226. 227., *β*) er wirke immer nur wie das pactum de non petendo nach R. R. unter b., z. B. Büchel Erörtr. II. S. 45. fg. Vang. III. §. 573. Anm. 5. a. E. §. 621. Anm. 1. Das Richtige ist: Die Regel unter a. findet nun auf alle Vertragsobligationen Anwendung, und so kann denn konsequent, da die Novation jetzt ebenfalls durch einfachen Vertrag geschieht, auch der Erfolg unter c. durch bloßen Vertrag erzielt werden; es fragt sich nur, ob der Wille darauf oder auf die beschränktere Wirkung unter b. gerichtet ist, wobei keineswegs vorausgesetzt wird, daß die Parteien ein Bewußtseyn jenes theoretischen Unterschiedes haben. So läßt sich theoretisch die Annahme der Möglichkeit eines die Obligatio schlechthin vernichtenden Vertrages begründen, ohne welche im heutigen Recht eine Lücke wäre und z. B. auch durch Vergleich eine Obligatio nicht absolut zerstört werden könnte, da dieser nach R. R. ohne hinzutretende Acceptilatio auch nur per exceptionem wirkte (§. 269.). Vgl. auch Fritz Erläuter. II. S. 420. fg. Im Resultat stimmt hiermit auch überein Savigny Obl. I. S. 178. („Da nun für uns die Acceptilatio nicht vorhanden ist, so bleibt blos das Recht des formlosen Erlaßvertrags übrig, nur mit dem natürlichen Vorbehalt, nach Umständen dasjenige durch besondere Bestimmungen des Vertrags im einzelnen Fall zu bewirken, welches bei den Römern durch die gangbare Form der Acceptilation leichter und sicherer bewirkt werden konnte") und Scheurl a. a. O. Vgl. auch Bähr, die Anerkennung S. 164. und Unger Syst. II. §. 96. Anm. 17. 18., welcher dabei mit Recht (gegen die frühere Aufl. dieses Lehrb.) bemerkt, daß im Zweifel wohl eher die stärkere Wirkung anzunehmen sey, arg. L. 47. D. de O. et A. 44. 7. — Willkürlich ist die Annahme, daß es zur Erklärung der Absicht vollkommener Tilgung jetzt der Ausstellung einer schriftlichen Quittung bedürfe (v. d. Pfordten Abh. S. 300. Brinz S. 638.); richtig ist nur, daß der in Form einer Quittungsleistung abgeschlossene Erlaßvertrag die Kraft vollkommener Tilgung der Obligatio habe, weil

sich darin dieser Wille unzweifelhaft ausspricht. Daß nämlich der Ausstellung einer Quittung ein solcher Nachlaßvertrag zum Grund liegen könne, ist nicht zu verkennen. L. 21. Cod. de solut. 8. 43. cf. L. 13. ibid. L. 19. §. 1. D. de accept. 46. 4. L. 40. D. de pact. 2. 14. Ungegründet aber ist es, wenn man in neuester Zeit die Quittung überhaupt zu einem liberatorischen Formalvertrag, gleich der römischen Acceptilatio, hat machen wollen. Bähr, die Anerkennung S. 232. fg. Brinz Pand. a. a. O. Vgl. dagegen Arndts in d. krit. Ueberschau IV. S. 243. fg. Schlesinger z. Lehre v. d. Formalcontracten S. 149. fg. 293. fg.

[2] Nach R. R. findet dies nur in einem Falle statt, um nämlich den berufenen Erben zur Antretung der verschuldeten Erbschaft zu bestimmen. L. 7. §. 17. L. 10. D. de pactis 2. 14. cf. L. 54. §. 1. D. de manumiss. test. 40. 4. L. 58. §. 1. D. mand. 17. 1. Nach heutigem Recht läßt man es überhaupt im Fall der Zahlungsunfähigkeit eines Schuldners zu. Bayer, Concursproc. §. 39. Die Mehrheit bestimmt sich, wie im Falle des §. 223. Ist die Summe der Forderungen und Zahl der Gläubiger auf beiden Seiten gleich, so soll der Richter entscheiden, während, wenn es sich bloß um Stundung handelt, in solchem Fall dem mildern Beschluß schlechthin der Vorzug gegeben wird. Uebrigens vgl. Bayer a. a. O.

2) Bedingt befreiende Verträge.

§. 268.

a) Novation [a].

Novation, Schuldneuerung [1], ist ein Rechtsgeschäft, wodurch zugleich eine bestehende, klagbare oder nicht klagbare, Obligatio aufgehoben und an deren Stelle eine neue contrahirt wird [b], so daß das eine durch das andere bedingt ist [c]. Die Novation geschieht nach heutigem Recht [2] durch einfachen Vertrag derjenigen Personen, unter welchen die neue Obligatio bestehen soll [d], unter Mitwirkung oder Zustimmung desjenigen, welcher über die bisherige Forderung als Gläubiger [e] oder dessen Stellvertreter [f] zu verfügen berechtigt ist, wozu die Befugniß, anstatt des Gläubigers die Zahlung in Empfang zu nehmen, allein nicht genügt [g]. Erforderlich aber ist die deutlich, wenn auch nicht ausdrücklich, erklärte Absicht, eine Novation vorzunehmen (animus novandi [h]), also die bisherige

[a] Dig. de novationibus et delegationibus. 46. 2. Cod. 8. 42. [b] L. 1. D. h. t. §. 3. J. quib. mod. toll. obl. 3. 29. cf. Gai. III. 176. [c] L. 5. 8. §. 1. 2. L. 14. 24. D. h. t. L. 36. D. de reb. cred. 12. 1. [d] §. 3. J. cit. L. §. 1. D. h. t. vgl. §. 232. [e] L. 20. pr. §. 1. D. h. t. cf. L. 9. eod. L. 3. eod. [f] L. 20. §. 1. L. 34. §. 1. D. h. t. cf. L. 28. §. 2. L 34. pr. eod. [g] L. 10. D. h. t. — L. 21. eod. L. 4. Cod. eod — L. 16. 23. 25. D. eod. cf. L. 27. pr. D. de pact. 2. 14. [h] L. 8. Cod. h. t. §. 3. J. l. c. cf. L. 2. 8. §. 1. 5. L. 28. 29. 31. §. 1. D. h. t. L. 58. D. de V. O. 45. 1. L. 3. in f. Cod. h. t.

Obligatio aufzuheben, nicht eine neue neben derselben zu begründen [3].

Die neue Obligatio kann unter denselben Personen, wie die bisherige, eingegangen werden [i], so daß die Neuerung nur den Gegenstand oder die Nebenbestimmungen oder sogar nur die Begründung der Obligatio betrifft [4]. Aber es kann auch ein anderer Gläubiger oder ein anderer Schuldner an die Stelle des bisherigen treten, das erste freilich nicht ohne Zustimmung des zur Novation Berechtigten [k], das letzte auch ohne Mitwirkung, ja ohne Wissen des bisherigen Schuldners, dadurch allein, daß ein Anderer dem Gläubiger sich in jener Absicht verpflichtet, d. i. durch bloße Expromissio [l]. Erklärt der bisherige Schuldner oder Gläubiger seinen Willen dahin, daß ein Anderer statt seiner sich verpflichte, beziehungsweise, daß einem Andern statt seiner versprochen werde, so liegt eine Delegation vor [m], welche den Anlaß zu der durch den neuen Verpflichtungsvertrag zu vollziehenden Novation enthält, und diese kann denn als zweifache Delegation auch dergestalt stattfinden, daß der Schuldner mit dem Willen seines Gläubigers einen Andern, der zugleich Schuldner des ersten seyn mag, beauftragt, einem Dritten zu versprechen, der wieder Gläubiger des letzten seyn kann, so daß durch Erfüllung des Auftrags zugleich zwei oder drei bisher bestehende Obligationen aufgehoben werden. Der den Auftrag gebende Schuldner oder Gläubiger heißt Delegans; der demgemäß sich Verpflichtende Delegatus; derjenige, welcher die neue Forderung erhält, Delegatarius [5].

Die wirksame Novation hebt die bisherige Obligatio vollständig (ipso iure) auf, nebst den accessorischen Rechten derselben [n], und zugleich für Mitgläubiger und Mitschuldner [o], wenn nicht die Absicht eine beschränktere ist [6].

Anm. 1 L. 1. D. h. t. Novatio est prioris debiti in aliam obligationem, vel civilem vel naturalem, transfusio atque translatio, hoc est, quum ex praecedenti causa ita nova constituatur, ut prior perimatur... §. 1. Illud non interest, qualis processit obligatio, utrum naturalis an civilis an honoraria, et utrum verbis an re an consensu; qualiscunque igitur obligatio sit, quae praecessit, novari verbis potest, dummodo

i §. 3. J. l. c. L. 2. 5. 8. §. 1. D. h. t. L. 18. §. 1. D. de acceptilat. 46. 4. §. 267. Anm. 1. c. k not. e...g. l L. 8. §. 5. D. h. t. l. 91. D. de solut. 46. 3. m L. 11. 12. 17. 22. D. h. t. L. 3. Cod. h. t. L. 2. Cod. de O. et A. 4. 10. n L. 18. 27. D. h. t. L. 8. pr. L. 15. eod. o L. 31. §. 1. D. h. t. §. 213. not. f.

sequens obligatio aut civiliter teneat aut naturaliter, utputa si pupillus sine tutoris auctoritate promiserit. Gleichzeitige Novation mehrerer Obligationen: L. 34. §. 2. D. h. t. L. 18. §. 1. D. de acceptilat. 46. 2. L. 26. in f. D. h. t. — Ueber das Wesen der Novation vgl. noch Kuntze, die Obligation S. 242. fg.

2 Nach R. R. geschah die Novation durch Stipulatio. In neuester Zeit hat man dies für so wesentlich angesehen, daß man die Fortdauer einer wahren Novation im heutigen Recht ganz in Abrede stellte. Gneist, die formellen Verträge, S. 148. fg. S. 229. Dagegen Sint. §. 105. not. 2.

3 In der modernen Terminologie hat man novatio privativa und cumulativa unterschieden, je nachdem die Absicht, die alte Obligatio aufzuheben, der Eingehung der neuen zum Grunde liege oder nicht. Aber nur die erste ist eine wahre Novation; „die letztere ist eine contradictio in adiecto.“ Puchta Vorles. §. 291. Die sog. novatio cumulativa bezeichnet passender als „accessorische Stipulation“ Bähr, die Anerkennung S. 46. fg. — Viele Rechtsgelehrte halten übrigens eine ausdrückliche Erklärung des animus novandi für erforderlich, nach L. 8. Cod. h. t.: Novationum nocentia corrigentes volumina et veteris iuris ambiguitates (cf. Gai. III. 178.) resecantes sancimus: si quis vel aliam personam adhibuerit, vel mutaverit, vel pignus acceperit, vel quantitatem augendam vel minuendam esse crediderit, vel conditionem seu tempus addiderit vel detraxerit, vel cautionem minorem acceperit, vel aliquid fecerit, ex quo veteris iuris conditores introducebant novationes, nihil penitus prioris cautelae innovari, sed anteriora stare et posteriora incrementum illis accedere, nisi ipsi specialiter remiserint quidem priorem obligationem, et hoc expresserint, quod secundam magis pro anterioribus elegerint. Et generaliter definimus, voluntate solum esse, non lege novandum, etsi non verbis exprimatur, ut sine novatione, quod solito vocabulo *ἀνευ καινότητος* Graeci dicunt, causa procedat; hoc enim naturalibus inesse rebus volumus et non verbis extrinsecus supervenire. — Cf. §. 3. J. h. t. . . Sed quum . . . dubium erat, quando novandi animo videretur hoc fieri, et quasdam de hoc praesumtiones alii in aliis casibus introducebant: ideo nostra processit constitutio, quae apertissime definivit, tunc solum novationem fieri, quoties hoc ipsum inter contrahentes expressum fuerit etc. Basil. XXVI. 4. cap. 42. Vgl. Vang. III. §. 619. „Wenn viele ältere und neuere Juristen doch eine novatio *tacita* zulassen und die abgedruckten Gesetze nur davon verstehen wollen, daß es keine novatio *praesumta* mehr gebe, . . . so ist diese Meinung ohne Zweifel sehr verständig, aber m. E. mit den Worten Justinian's nicht zu vereinigen.“ Seuffert's Arch. VI. 175. 262. VII. 167. Dagegen neuerdings Fein, Beitr. zu der Lehre von d. Novation und Delegation. Jena 1850. S. 28 . . . 34. vgl. Seuffert's Arch. IV. 106. Die strengere Auslegung aber ist neuerdings gut vertheidigt von Grotefend in Linde's Ztschr. n. F. XII. 10.

4 Ueber Novation einer bedingten Schuld und bedingte Novation einer unbedingten Schuld vgl. not. c. mit §. 3. J. l. c. Gai. III. §. 179. Göschen §. 456. Unterholzner I. S. 624. Bähr a. a. O. S. 45. fg. Dieser erklärt den Satz

daß die unbedingte Novation einer bedingten Schuld nur wirksam sey, wenn die Bedingung erfüllt wird, daraus, daß die Bedingung stillschweigend auf die neue Stipulation übertragen sey, und stellt als Regel auf, daß die Entstehung der neuen Obligatio eben so unabhängig sey von dem Bestande der Schuld, wie bei der Zahlung unabhängig davon Eigenthum übergeht. Vgl. dagegen Arndts in d. krit. Ueberschau IV. S. 224. Doch soll nicht gesagt seyn, „daß nicht auch beabsichtigt werden könne, das Unbedingte schlechthin an die Stelle des Bedingten zu setzen." Unterholzner a. a. O. Anm. a.

[5] Vgl. Hoffmann in Sell's Jahrb. III. S. 396. fg. Fein a. a. O. — Unter Expromission pflegt man heutzutage vorzugsweise die Novation durch Eintritt eines neuen Schuldners ohne Delegation zu verstehen. Im römischen Sinn expromittirt auch der vom Schuldner Delegirte. — Ein besonderer Fall ist die Novation der Schuld alternativer Schuldner: L. 32. D. h. t. Te hominem et (l. *aut*) Seium decem mihi dare oportet; stipulor ab altero novandi causa ita: *quod te aut Seium dare oportet:* utrumque novatur. Paulus: merito, quia utrumque in posteriorem deducitur obligationem. Huschke in Linde's Ztschr. n. F. II. S. 162. Verschieden davon alternatives Versprechen dessen, was der eine oder was der andere schuldig ist. L. 8. §. 4. L. 26. D. h. t.

[6] L. 31. §. 1. D. h. t. Si duo rei stipulandi sint, an alter ius novandi habeat, quaeritur, et quid iuris unusquisque sibi acquisierit. Fere autem convenit, et uni recte solvi et unum in iudicio petentem totam rem in litem deducere, item unius acceptilatione perimi utriusque obligationem: ex quibus colligitur, unumquemque perinde sibi acquisiisse, ac si solus stipulatus esset, excepto eo, quod etiam facto eius, cum quo commune ius est, amittere debitorem potest. Secundum quae si unus ab aliquo stipuletur, novatione quoque *liberare eum* ab altero poterit, *quum id specialiter agit*, eo magis, quum eam stipulationem similem esse solutioni existimemus. Alioquin quid dicemus, si unus delegaverit creditori suo communem debitorem isque ab eo stipulatus fuerit, aut mulier *fundum* iusserit doti promittere viro, vel nuptura ipsi, doti *eum* promiserit? Nam debitor ab utroque liberabitur. Gewiß richtig emendirt Huschke a. a. O. S. 153. fg. *eundem* statt *fundum*, und *debitum* statt *eum*. Auch möchte *liberare reum* zu lesen seyn statt *liberare eum*. Und gewiß mit Recht bemerkt derselbe, daß die Absicht bei der Novation auch blos auf eine Aenderung rücksichtlich des Verhältnisses des einzelnen Correal-Gläubigers oder Schuldners sich beschränken könne. Dagegen freilich Sav. Obl. I. S. 166., welcher die Worte *quum id specialiter agit* für interpolirt hält. Mit Unrecht aber kehrt dieser das von Huschke angeführte Beispiel gegen diesen. Wenn bei einer correalen Geldforderung Einer der Gläubiger durch Novation eine Forderung in Getreide substituirt, so ist keineswegs nothwendig anzunehmen, daß nun sämmtliche Forderungen getilgt sind. Vielmehr kann jenes sehr wohl den Sinn haben, daß nun bloß für den einen Gläubiger, falls dieser klagt, die Getreideforderung besteht, für die andern immer noch die Geldforderung, die Geltendmachung der einen aber auch immer noch alle aufhebt. Vgl. Helmolt Correalobl. S. 142. Rückert in Linde's Ztschr. n. F. XII. S. 15. 39. fg. Dagegen jedoch, wie gegen die angedeutete Emen-

bation Vang. 6. Aufl. III. S. 99. — Ueber den scheinbaren Widerspruch der L. 31. §. 1. cit. mit L. 27. pr. D. de pact. 2. 14.: Si unus ex argentariis sociis cum debitore pactus sit, an etiam alteri noceat exceptio? Neratius, Atilicinus, Proculus, nec si in rem pactum sit, alteri nocere; tantum enim constitutum, ut solidum alter petere possit. Idem Labeo: *nam nec novare alium posse, quamvis ei recte solvatur;* sic enim et his, qui in nostra potestate sunt, recte solvi quod crediderint, licet novare non possint. Quod est verum. *Idemque in duobus reis stipulandi dicendum est:* vgl. Vang. III. §. 573. Anm. 5. Sav. Obl. I. S. 173. fg.

§. 269.

b) Vergleich [1].

Vergleich, transactio [a], ist ein Vertrag, welcher eine Ungewißheit von Rechtsansprüchen zu beseitigen bezweckt, indem beiderseits von dem wirklichen oder vermeintlichen Recht etwas nachgegeben wird [b]. Die Ungewißheit kann bestehen in der wirklichen oder zu befürchtenden Streitigkeit eines Rechtsanspruches [c], oder darin, daß der Umfang desselben von ungewissen Umständen abhängt [d]. Ohne solche Ungewißheit besteht kein Vergleich [e]; daher ist als solcher ungültig der Vergleich, welcher über ein durch unstreitiges rechtskräftiges Urtheil entschiedenes Rechtsverhältniß abgeschlossen wird [2].

Der Vergleich kann von sehr verschiedenartigem Inhalte seyn; es können Vergleichs halber überhaupt alle möglichen Vermögensänderungen vorgenommen werden und gehört daher der Vergleich keineswegs ausschließlich oder auch nur vorzugsweise in die Lehre von der Aufhebung der Obligationen [3]. Er kann gänzliche oder theilweise Anerkennung oder Aufgebung eines Rechtsanspruchs enthalten; er kann auf der einen oder andern Seite die Verbindlichkeit zu bestimmten Leistungen begründen oder außer Streit setzen. Insofern das letzte der Fall ist, erzeugt er eine Klage auf Erfüllung [g] nach den Regeln von unbenannten Contracten (§. 235.), wo nicht des Vergleichs wegen ein bestimmter anderer Contract eingegangen wird [4]. Insofern aber der Vergleich die Verzichtleistung auf eine Forderung oder einen Theil derselben enthält,

[a] Dig. de transactionibus. 2. 15. Cod. 2. 4. X. 1. 36. [b] L. 1. D. h. t. L. 38. Cod. h. t. [c] L. 65. §. 1. D. de cond. indeb. 12. 6. L. 2. Cod. h. t. [d] L. 8. D. h. t. [e] L. 12. Cod. h. t. [f] L. 23. § 1. D. de cond. indeb. 12. 6. L. 7. pr. §. 1. L. 11. D. h. t. cf. Pauli sentt. I. 1. §. 5. L. 32. D. h. t. [g] L. 6. 28. 33. 37...39. Cod. h. t.

bewirkt er gänzliche oder theilweise Befreiung des Schuldners von seiner bisherigen Verbindlichkeit, gleich als ob darüber durch Urtheil entschieden wäre [h]. Diese Wirkung kann jedenfalls durch exceptio transactionis, eine Art der exceptio pacti conventi, geltend gemacht werden [i], wenn nicht eine stärker wirkende Tilgung der Obligatio des Vergleichs wegen stattgefunden hat. Nach heutigem Recht hängt es von der Absicht der Vergleichenden, die aus dem Gesammtinhalt des Vergleiches zu entnehmen ist, ab, ob sich die Wirkung blos auf das erste beschränke, oder eine vollständige Aufhebung der Obligatio mit sich bringe [k], so daß dieselbe auch für Mitgläubiger und Mitschuldner getilgt werde [5].

Der Vergleich kann wegen Betrugs [l] und wegen Unrichtigkeit dessen, was bei Abschließung desselben als gewiß vorausgesetzt worden [m], angefochten werden [6]; nicht auch wegen nachheriger Beseitigung der ihn veranlassenden Ungewißheit [n]. Die Verletzung eines beschwornen Vergleichs macht den Verletzenden infam und des Vortheils aus demselben verlustig [o].

Ein Vergleich, der für die Zukunft gänzliche oder theilweise Aufhebung der durch eine Verfügung auf den Todesfall begründeten Verbindlichkeit, einer Person Alimente zu geben, durch Zahlung einer bestimmten Summe oder sonst eine bestimmte einzelne Leistung bezweckt, bedarf zu seiner Gültigkeit richterlicher Bestätigung, die nur nach vorgängiger Prüfung, wenn der Vergleich sich als vortheilhaft für den Berechtigten darstellt, ertheilt werden soll [p].

Als eine Art von Vergleich kann auch die Uebereinkunft betrachtet werden, wornach über einen streitigen Rechtsanspruch durch den Eid einer Partei entschieden werden soll (vertragsmäßiger oder conventioneller Eid), mit dessen wirklicher Ausschwörung, die nämlich eine actio oder exceptio iurisiurandi begründet [q], auch der Erlaß des angenommenen Eides gleiche Wirkung hat [7].

Anm. 1 Eine neue Bearbeitung dieser Lehre: Risch, der Vergleich nach gemeinem Rechte (mit Ausschluß der Lehre vom vertragsmäßigen Eide und Com-

h L. 20. Cod. h. t. cf. L. 16. eod. cap. 1. de lit. cond. in 6to. 2. 3. i L. 16. D. h. t. L. 17. 24. 36. Cod. h. t. cf. L. 28. eod. k cf. L. 2. 4. D. h. t. L. 3. 40. Cod. h. t. l L. 65. §. 1. cit. L. 4. 13. 19. Cod. h. t. m L. 3. §. 1. L. 12. in f. D. h. t. L. 42. Cod. h. t. n L. 2. 19. 29. Cod. h. t. cf. L. 78. §. 16. D. ad Sc. Treb. 36. 1. c L. 41. Cod. h. t. §. 31. Anm. 1. e. p L. 7. §. 2. L. 8. D. h. t. q L. 2. 5. §. 2. 4. L. 6. 9. §. 1. L. 31. in f. D. de iureiur. 12. 2. cf. L. 21. D. de dolo. 4. 3. L. 13. Cod. de reb. cred. 4. 1.

promiß), Erlangen 1855. (eine von der Juristenfacultät in München gekrönte Preisschrift).

2 Ueber Vergleich nach dem Urtheil s. Rudorff in der Ztschr. f. geschichtl. Rtsw. XIV. S. 334. fg. Thibaut im civ. Arch. VIII. 12. IX. 22. Vang. §. 668. Risch a. a. O. §. 11. — Eine andere hiehergehörige Bestimmung enthält L. 6. D. h. t. (Gai. lib. XVII. ad edictum provinciale). De his controversiis, quae ex testamento proficiscuntur, neque transigi neque exquiri veritas aliter potest, quam inspectis cognitisque verbis testamenti. cf. L. 1. §. 1. D. testamenta quemadmodum aperiantur inspiciantur et describantur. 29. 3. (Gai. lib. XVII. ad edictum prov.) Ratio autem huius edicti manifesta est; neque enim sine iudice neque apud iudicem exquiri veritas de his controversiis, quae ex testamento proficiscerentur, aliter potest, quam inspectis cognitisque verbis testamenti. Risch a. a. O. §. 14. vgl. Brinz I. S. 139. „Da ein Erbschaftsstreit vor der Testamentseröffnung nicht minder lächerlich seyn kann, als post rem iudicatam, so war die Versetzung jener Stelle (L. 1. §. 1. cit.) keine geistlose Gesetzgeberarbeit. (Risch S. 125.).“

3 Vgl. oben §. 80. Anm. 2. 5. Risch a. a. O. beleuchtet die verschiedenen Ansichten über die Stellung des Vergleichs im System, entscheidet sich selbst aber nach der vorherrschenden Tendenz desselben für die Zusammenstellung mit dem Urtheil.

4 Nach R. R. konnte z. B. eine Stipulation transactionis causa stattfinden. Aber auch ein Kaufcontract, ein Darlehenscontract u. dgl. läßt sich als Product eines Vergleiches denken. Zu beschränkend bestimmt den Inhalt des Vergleichs Savigny Obl. I. S. 179., indem er sagt: man könne ihn „als ein zusammengesetztes Geschäft betrachten, bestehend aus partieller Erfüllung und partiellem Erlaß.“ Er kann auch totale Erfüllung oder totalen Erlaß, nur gegen irgend eine andere Gegenleistung, zum Inhalt haben.

5 Nach R. R. konnte die vollständige Aufhebung der Obligatio durch vergleichshalber vorgenommene Acceptilatio, nöthigenfalls nach vorgängiger Novatio, bewirkt werden. not. k. §. 267. Anm. 1. c. Uebrigens vgl. Huschke in Linde's Ztschr. n. F. II. S. 161. mit Sav. a. a. O. und Arndts in der krit. Ueberschau II. S. 157. IV. S. 230.

6 Vgl. Bähr Anerkennung S. 118. Dagegen jedoch Brinz I. S. 139. fg., vgl. auch Risch S. 163.

7 Ueber den gerichtlich angetragenen Eid s. §. 115. not. f ... l.; über die Wirkung des Eides in Beziehung auf Mitgläubiger und Mitschuldner: L. 28. pr. §. 1. 3. D. de iureiur. 12. 2. Huschke a. a. O. — Die Zulässigkeit außergerichtlicher vertragsmäßiger Eide nach heutigem Recht ist streitig. Sint. §. 107. not. 53. fg. 84. Holzschuher II. 2. S. 937. Jedenfalls sind sie selten, und particularrechtlich wohl auch ausdrücklich untersagt. Göschen §. 552. a. E.

§. 270.

c) Compromiß.

Parteien können unter sich vereinbaren, ihren Rechtsstreit, statt vom Gericht, durch eine Privatperson, als Schiedsrichter,

arbiter, oder durch mehrere vereint, entscheiden zu lassen [a]. Eine solche Uebereinkunft heißt Compromiß [1]. Sie hat die Wirkung eines Vergleiches. Die Parteien sind darnach einander verpflichtet, sich dem schiedsrichterlichen Verfahren und Spruche zu unterwerfen; jede ist gegen die andere, welche die Uebereinkunft verletzt, nach Umständen durch Klage oder Einrede geschützt. Wird nun durch Schiedspruch dem Gläubiger seine Forderung, ganz oder zum Theil, aberkannt, so ist er derselben verlustig, weil er für diesen Fall im voraus darauf verzichtet hat [b].

Zur Wirksamkeit des Compromisses wird erfordert: Fähigkeit des erwählten Schiedsrichters [c], Annahme [d] und gehörige Vollziehung des schiedsrichterlichen Amtes durch denselben [2]. Der Spruch (arbitrium, laudum) setzt eine Untersuchung der Sache voraus [e]; er muß die streitigen Verhältnisse, welche Gegenstand des Compromisses waren [f], bestimmt [g] und vollständig [h] entscheiden, und darf nichts Unsittliches [i] enthalten [3]. Sind mehrere Schiedsrichter bestellt, so wird der Spruch durch Mehrheit der Stimmen [k], oder, im Fall der Stimmengleichheit, durch einen schon vorher von den Parteien ernannten oder erst von den Schiedsrichtern erwählten Obmann [l], sog. superarbiter, gegeben. Der einmal gefällte Spruch kann nicht mehr abgeändert werden [m].

Das Compromiß kann durch Uebereinkunft der Parteien wieder aufgehoben werden [n] und außerdem noch aus verschiedenen Gründen erlöschen [4].

Anm. 1 Nach R. R. wurde das Compromissum gewöhnlich mittels gegenseitiger Pönalstipulationen (poena oder pecunia compromissa) eingegangen, welche also indirect den Erfolg der Uebereinkunft sicherten (§. 211.); daher der Name compromissum. L. 2. 11. 13. 28. D. h. t. L. 1. Cod. h. t. Doch kommen auch folgende Modificationen vor: a) directes Stipulationsversprechen der Anerkennung des Arbitriums, ohne Conventionalstrafe, eine actio ex stipulatu auf das Interesse begründend. L. 27. §. 7. D. h. t. cf. L. 3. Cod. h. t. b) Compromissum ohne Stipulation, oder doch ohne gegenseitige, mit Deposition des Streit-

[a] Dig. de receptis, qui arbitrium receperunt, ut sententiam dicant. 4. 8. Cod. de receptis arbitriis. 2. 56. X. de arbitris. 1. 43. in 6to. 1. 22. [b] L. 13. §. 1. D. h. t. L. 5. pr. Cod. h. t. [c] L. 9. pr. §. 1. 2. L. 41. 51. D. h. t. L. ult. Cod. h. t. cf. cap. 4. 7. X. h. t. [d] L. 3. §. 1. L. 13. §. 2. D. h. t. [e] L. 14. 21. §. 9. L. 27. §. 4. D. h. t. cf. L. 1. D. eod. [f] L. 21. §. 2. 4. 6. L. 32. §. 15. 21. L. 46. D. h. t. cf. cap. 6. X. h. t. [g] L. 21. §. 1. 3. L. 32. §. 16. D. h. t. [h] L. 19. §. 1. L. 25. pr. eod. [i] L. 21. §. 7. eod. [k] L. 17. §. 7. L. 18. L. 27. §. 3. eod. cf. L. 32. §. 13. eod. cap. 2. in 6to. h. t. [l] L. 17. §. 5. 6. D. h. t. [m] L. 19. §. 2. L. 20. 21. pr. eod. [n] L. 9. §. 5.... L. 11. pr. L. 32. §. 5. eod.

gegenstandes selbst oder des Gegenstandes der Strafe. L. 11. §. 2. D. h. t. b) compromissum nudo pacto, durch ein beiderseitiges bedingtes pactum de non petendo, wenn nämlich beide Theile gegen einander Forderungen hatten. L. 11. §. 3. D. h. t. d) formloses Compromiß ohne Strafversprechen oder andere Sicherung, in Folge dessen der gefällte Schiedspruch nur eine Exceptio erzeugte (not. b.). e) ein schriftlich abgeschlossenes oder zu den Akten erklärtes Compromiß mit eidlicher Bestärkung. Diesem hat erst Justinian die Wirkung beigelegt, daß es auch eine Klage auf Erfüllung des Schiedspruches erzeuge, L. 4. Cod. h. t., und dieselbe Wirkung sollte auch ohnedies stattfinden, wenn ein gefällter Schiedspruch von beiden Parteien durch ihre Unterschrift anerkannt (sog. laudum homologatum) oder nur nicht von einer derselben binnen zehn Tagen angefochten sey. L. 4. §. 5. L. 5. Cod. h. t. Nach heutigem Recht muß man nun überall schon dem einfachen Vertrage vollkommen verpflichtende Wirkung beilegen, obgleich auch jetzt noch Strafversprechungen und andere Modalitäten, wie unter b. c., vorkommen können. — Ueber die Wirkung des Compromisses in Betreff von Correalobligationen vgl. Sav. Obl. I. S. 192. und Kuntze die Obl. S. 215. mit §. 269. Anm. 5. 7.

² Die Uebernahme des Schiedsrichteramtes heißt receptum sc. arbitrium. Zur Verrichtung des übernommenen Amtes kann der Schiedsrichter, wenn ihn nicht besondere Gründe entschuldigen, durch prätorischen Zwang (extra ordinem) angehalten werden. L. 3. §. 1. sqq. D. h. t. Schlechthin unzuläßig und unwirksam ist nach not. c. das Compromiß auf Frauen, sie möchten denn Jurisdiction haben, auf Wahnsinnige, Taube, Stumme, Unmündige oder noch nicht zwanzig Jahr alte Personen, auf eine bei dem Streite selbst betheiligte Partei. In andern Fällen soll zwar das Receptum keinen Zwang gegen den Schiedsrichter begründen, kann aber der wirklich gefällte Spruch dennoch gelten. L. 3. §. 3. L. 4. D. h. t. cf. L. 9. §. 3...5. L. 10. 11. pr. D. h. t. Uebrigens kann auch ein öffentlicher Richter, selbst der für die Streitsache ohnehin competente, zum Schiedsrichter gewählt werden, cap. 7. X. h. t. — L. 9. §. 2. D. h. t. spricht vom iudex datus im Sinn des ältern R. Rts.

³ Ungerechtigkeit des Spruches genügt nicht, ihn anzufechten. L. 27. §. 2. D. h. t. L. 1. Cod. h. t. Vgl. jedoch L. 31. 32. §. 14. 15. D. h. t. — Viele gestatten wegen sog. laesio enormissima und manifesta iniquitas Berufung an die Gerichte, nach dem RA. von 1594. §. 66., wodurch bei Compromissen auf das Reichskammergericht in solchem Falle Revision gestattet wurde. Seuffert §. 377. Dagegen Unterholzner I. S. 655. Seuffert's Arch. I. 217.

⁴ Solche Gründe sind: a) Rücktritt einer Partei wegen Feindschaft mit dem Schiedsrichter oder wegen Dolus desselben oder der Gegenpartei, L. 32. §. 14. D. eod. L. 31. eod. L. 3. Cod. eod. b) Tod einer Partei, wenn nicht das Compromiß auf die Erben erstreckt war, L. 27. §. 1. L. 49. §. 2. D. eod. c) Wahnsinn oder Concurs einer Partei, L. 17. pr. L. 47. §. 1. L. 48. eod. d) Ablauf der Zeit, L. 21. §. 2. 8. L. 32. §. 3. eod. e) Tod des Schiedsrichters oder nach Umständen auch nur eines von mehreren, L. 45. eod. cf. cap. 42. X. de off. iud. deleg. 1. 29. f) Befreiung desselben von seinem Amt, z. B. wegen Alters, Krankheit u. dgl., L. 15. 16. pr. D. h. t. g) Untergang

des Streitgegenstandes, indem auch keine Forderung auf Interesse mehr besteht, L. 32. §. 5. eod.

§. 271.

D. Durch Rechtstreit.

Eine rechtskräftig aberkannte Forderung kann der Gläubiger nicht mehr geltend machen, die zuerkannte nur in dem Maße, wie sie durch das Urtheil festgestellt ist. Insofern kann der Rechtstreit über eine Forderung deren gänzliche oder theilweise Beseitigung zur Folge haben. Eigentlich aber ist dies nicht als eine durch das Urtheil bewirkte Aufhebung oder Aenderung, sondern nur als eine für die Parteien gültige Entscheidung über Daseyn und Inhalt der Obligatio aufzufassen (§. 116.). Nach diesem Gesichtspunkte kann gegen den Inhalt des Urtheils, soweit dessen Rechtskraft wirkt, auch eine naturalis obligatio nicht mehr geltend gemacht werden [1]. Die Rechtskraft des Urtheils erstreckt sich auch auf Mitgläubiger und Mitschuldner (§. 213.) [2], sofern dasselbe nicht blos persönliche Beziehungen der einen Partei zu der Correal-Obligation betrifft [a]. Aber auch schon der Beginn des Rechtsstreites kann auf die Obligatio Einfluß haben [3], indem bei der alternativen Obligatio der wahlberechtigte Gläubiger nun auf den in der Klage bezeichneten Gegenstand beschränkt wird [b], und bei der activen Correal-Obligation der von einem Gläubiger belangte Schuldner nun den übrigen nicht mehr zahlen darf [c], also auch gegen ihre Forderung geschützt seyn muß, sofern nicht jener von der Klage zurücktritt [4].

Anm. 1 Vgl. L. 13. D. quib. mod. pign. solv. 20. 6. Si deferente creditore iuravit debitor, *se dare non oportere*, pignus liberatur, quia perinde habetur atque si iudicio absolutus esset; nam et si a iudice quamvis per iniuriam absolutus sit debitor, tamen pignus liberatur. — L. 28. D. de cond. indeb. 12. 6. Iudex si male absolvit, et absolutus sua sponte solverit, repetere non potest. — L. 60. pr. eod. Julianus verum debitorem post litem contestatam manente adhuc iudicio negabat solventem repetere posse, quia nec absolutus nec condemnatus repetere posset; licet enim absolutus sit, natura tamen debitor permanet (Hal. *debitorem manere*); similemque esse ei dicit, qui ita promisit, *sive navis ex Asia venerit sive non venerit*, quia ex una causa alterius solutionis origo proficiscitur. L. 50. §. 2. D. de pecul. 15. 1. „naturalis obligatio, quam etiam servus suscipere videtur, in litem translata non est." cf. L. 27.

[a] arg. L. 28. pr. §. 1. 3. L. 42. §. 1. 3. D. de iureiur. 12. 2. [b] L. 19. D. de legat. II. L. 112. pr. D. de V. O. 45. 1. [c] L. 16. D. de duob. reis. 45. 2. cf. L. 31. §. 1. D. de novat. 46. 2. L. 57. §. 1. D. de solut. 46. 3.

D. de pign. 20. 1. L. 8. §. 1. D. ratam rem hab. 46. 8. — Ueber die verschiedenen Meinungen vgl., als Vertheidiger der Fortdauer einer naturalis obligatio, Sav. V. S. 376. 387. fg. und Obl. I. S. 81. fg., Fein im civ. Arch. XXV. 7. 13.; als Gegner derselben, v. d. Pfordten im Arch. XXIV. 4. Flach in Linde's Ztschr. XIX. 12. Wächter Erörtr. III. S. 135. fg. — Puchta §. 293. „Diese Wirkung der res iudicata erstreckt sich indessen nicht weiter, als die der exceptio rei iudicatae, wodurch sie geltend gemacht wird, sie kann nur gegen eine Person geltend gemacht werden, für welche der Inhalt der Sentenz Wahrheit hat, und sie ist zur Begründung einer Klage untauglich. Diese unvollkommene Aufhebung der Obligatio (nicht mehr) ist unter dem Ausdruck zu verstehen, daß eine naturalis obligatio zurückbleibe." Vgl. noch Scheurl Beitr. I. S. 509., Bekker proc. Consumtion S. 285. fg. Pfeiffer im civ. Arch. XXXVII. S. 257. XXXVIII. S. 331. fg. und gegen diese Windscheid, die Actio S. 88. fg. — Insbesondere über replicatio rei iudicatae gegen die Einrede der Compensation: Sav. Obl. I. S. 92. Seuffert's Arch. VII. 299. 300. Bekker S. 126. 287.

2 Vgl. §. 269. Anm. 7. Dagegen jedoch Kuntze d. Obl. S. 210. fg.

3 Nach älterem Recht bewirkte die Litiscontestatio eine formelle Aufhebung der bisherigen Obligatio (§. 113. Anm. 3.), was man als novatio necessaria bezeichnet im Gegensatz der voluntaria novatio (§. 268.), arg. L. 29. D. de novat. 46. 2. cf. L. 86. 87. D. de R. J. Puchta §. 283. 292. Im neueren Recht ist jenes weggefallen, es sind jedoch einzelne Wirkungen der Litiscontestatio bestehen geblieben, die zwar früher daraus abgeleitet wurden, zugleich aber durch innere Gründe gerechtfertigt sind (not. b. c.). Sav. VI. S. 277. fg. 307. f. Wächter Erörtr. III. S. 38. fg. 115. fg. Sint. §. 105. not. 2. Dahin gehört nach Justinianischem Recht auch noch, daß der Schuldner befreit wird, wenn der Gläubiger mit einem Andern, in der Absicht, daß dieser ganz an die Stelle des ersten trete, litem contestirt, L. 23. D. de solut. 46. 3., wornach denn eine Delegation anstatt durch Stipulation, auch per litis contestationem ihren Vollzug erhalten kann, L. 11. §. 1. D. de novat. 46. 2. (§. 254. a. E.) Nach heutigem Recht kommt dies nicht in Betracht, weil hier immer schon eine Novation durch Vertrag mit dem neuen Schuldner, wozu es der Stipulation nicht mehr bedarf, in Mitte liegen wird. Um dagegen den Schuldner dem Cessionar zu verpflichten, ist schon nach R. R. Litiscontestatio nicht erforderlich (§. 256.).

4 L. 16. D. 45. 2. Ex duobus reis stipulandi si semel unus egerit, alteri promissor offerendo pecuniam nihil agit. cf. L. 2. in f. D. de duob. reis. 45. 2. „ideoque petitione, acceptilatione unius tota solvitur obligatio." In Beziehung auf diesen Satz sind Wächter S. 58. und Sav. Obl. I. S. 183. anderer Meinung; der Schuldner soll gleichzeitig von jedem Gläubiger mit der Klage auf das Ganze verfolgt, obwohl nur einem zu zahlen gezwungen werden können. vgl. Vang. III. S. 102. Der Natur des Verhältnisses entspricht dies gewiß nicht und ist es daher nicht gerechtfertigt, die Aufnahme der ganz bestimmt das Gegentheil sagenden L. 16. cit. als ein bloßes Versehen der Compilatoren für unerheblich zu erklären. Vgl. Puchta §. 235. not. g. L. 57. §. 1. D. 46. 3. bezieht sich allerdings zunächst nur auf den

adiectus solutionis causa: Item si mihi aut Titio stipulatus fuero dari, deinde petam, amplius Titio solvi non potest, quamvis ante litem contestatam posset. Aber in Ansehung der Möglichkeit, an ihn zu zahlen, ist jener dem correus stipulandi nahe verwandt. Vgl. auch Bekker Consumtion S. 11.

§. 272.

E. Durch Bedingung und Zeitbestimmung.

Ist eine Obligatio unter auflösender Bedingung eingegangen, so wird sie nach Erfüllung dieser als nicht eingegangen behandelt [a]. Ist die Dauer einer Obligatio auf eine gewisse Zeit eingeschränkt (ad diem, certum oder incertum), so ist nach Eintritt des Endtermins der Schuldner durch eine Einrede (exceptio doli oder pacti) gegen die Forderung geschützt, obwohl das ius civile die Regel aufstellte: ad tempus obligationem constitui non posse [b]. Anders verhält es sich, wenn gewisse obligatorische Verhältnisse, die eine Reihe einzelner Forderungen erzeugen können, z. B. Miethe, Gesellschaft, mit einer solchen Zeitbestimmung eingegangen werden. Hier nehmen jene als Quelle einzelner Forderungen durch Eintritt des Zeitpunktes ein Ende, während die bisher daraus entstandenen Rechtsansprüche fortbestehen. Die Festsetzung eines solchen Endtermins kann aber auch einseitiger Bestimmung einer Partei zustehen, welche dann durch Kündigung jene Beendigung des obligatorischen Verhältnisses herbeiführt.

§. 273.

F. Durch Wegfall des Subjectes der Obligatio.

Der Tod des Gläubigers oder Schuldners bewirkt an sich nur ausnahmsweise die Erlöschung von Obligationen, indem diese der Regel nach auf die Erben übergehen (§. 104.). Nothwendig aber muß die Obligatio erlöschen, wenn Forderung und Verbindlichkeit in einer Person sich vereinigen, d. i. durch Confusio, also namentlich wenn der Gläubiger Erbe des Schuldners wird oder umgekehrt [a]; zum Theil, wenn er nur Theilerbe ist [b]. Wenn jedoch der Gläubiger einen seiner Correalschuldner oder dieser jenen beerbt,

[a] §. 71. Anm. 4. §. 249. [b] L. 56. §. 4. D. de V. O. 45. 1. L. 44. §. 1. D. de O. et A. 44. 7. cf. L. 44. §. 2. eod.

[a] L. 75. 95. §. 2. D. de solut. 46. 3. cf. L. 58. pr. D. ad Sc. Trebell. 36. 1. — L. 21. §. 2. D. de inoff. test. 5. 2. L. 87. §. 1. D. de acquir. hered. 29. 2. [b] L. 24. 50. D. de fideiuss. 46. 1.

so hört die Verbindlichkeit der übrigen Mitschuldner nicht auf; es darf ihnen aber auch durch jenen Umstand ebensowenig das Recht der Theilung, das ihnen gegen den Gläubiger zustand (§. 215.), als der Anspruch auf theilweisen Ersatz, den sie etwa als Gesellschafter gegen den bisherigen Mitschuldner hatten (§. 213.), geschmälert werden [c].

Anm. [1] Vgl. a) L. 50. D. de fideiuss. Debitori creditor pro parte heres extitit, accepto coherede fideiussore: quod ad ipsius quidem portionem attinet, *obligatio ratione confusionis intercidit*, *aut*, *quod est verius*, *solutionis potestate;* sed pro parte coheredis obligatio salva est, non fideiussoria, sed hereditaria, quoniam maior tollit minorem. b) L. 71. pr. eod. Granius Antoninus pro Julio Pollione et Julio Rufo pecuniam mutuam accipientibus ita, ut duo rei eiusdem debiti fuerint, apud Aurelium Palmam mandator extitit; Julii bona ad fiscum venerunt; similiter et creditori fiscus successerat; mandator allegabat, se liberatum *iure confusionis*, quia fiscus tam creditori quam debitori successerat. Equidem si unus debitor fuisset, non dubitabam, sicut fideiussorem, ita et mandatorem liberatum esse; quamvis enim, iudicio convento principali debitore, mandator non liberetur, tamen, ubi successit creditor debitori, *veluti solutionis iure sublata obligatione,* etiam mandator liberatur, vel quia non potest pro eodem apud eundem quis mandator esse. Sed cum duo rei promittendi sint et alteri heres extitit creditor, iusta dubitatio est, utrum alter quoque liberatus est, ac si soluta fuisset pecunia, an persona tantum exempta, confusa obligatione? Et puto: *aditione hereditatis confusione obligationis eximi personam,* sed et accessiones ex eius persona liberari propter illam rationem, quia non possunt pro eodem apud eundem obligati esse, ut, quemadmodum incipere alias non possunt, ita nec remaneant. *Igitur alterum reum eiusdem pecuniae non liberari,* et per hoc nec fideiussorem vel mandatorem eius. Plane quia is mandati iudicio eligere potest vel creditorem, competituram ei exceptionem doli mali, si coeperit conveniri: *cum altero autem reo vel in solidum, si non fuerit societas, vel in partem, si socii fuerunt*, *posse creditorem agere.* Quod si creditor fideiussori heres fuerit, vel fideiussor creditori, puto convenire, confusione obligationis non liberari reum. — „Daß, was Paulus in diesem Fragment bei der passiven Correalobligation entwickelt, ganz ebenso auch auf die active angewendet werden muß," soll zwar nach Vang. §. 573. Anm. 5. (so auch noch in d. 6. Aufl. III. S. 102.) „nicht den mindesten Zweifel leiden" und hat auch nach Savigny's Meinung (Obl. I. 196.) kein Bedenken (vgl. auch Mühlenbruch §. 479. not. 3. §. 493. not. 8. Unterholzner I. S. 568.), ist aber dennoch nicht richtig. Arndts im Rtslex. IV. S. 19. not. 140. „Es heißt dieses eben so viel, als die Erbschaft oder das Vermögen des Erben um den Werth der Correalforderung schlechthin vermindern:

[c] L. 71. pr. D. de fideiuss. 46. 1.

eine solche Wirkung soll aber die confusio nicht haben. L. 41. D. de evict. 21. 2. Cum debitor creditori suo heres extiterit . . . intelligitur maior hereditas ad debitorem pervenire, quasi soluta pecunia quae debebatur hereditati, et per hoc minus in bonis esse; et ex contrario, cum creditor debitori suo extitit heres, minus in hereditate habere videtur tanquam ipsa hereditas debitori solverit. Nach obiger Ansicht würde die hereditas nicht maior seyn, wenn der Erblasser eine Correalforderung gegen den Erben hatte, und der Erbe, welcher eine Correalforderung gegen jenen hatte, würde diese verlieren und nur zu Gunsten des Mitgläubigers minus in hereditate habere." Führt man die Wirkung der Confusio auf die Annahme einer Selbstzahlung zurück (Kuntze S. 217. fg.) so ist nicht einzusehen, warum der Correalgläubiger, welcher den Schuldner beerbt, den Mitgläubigern gegenüber nicht sollte sagen dürfen, die Gesammtforderung sey bereits durch Selbstzahlung getilgt; unbeschadet natürlich seiner partiellen Ersatzverbindlichkeit, wo solche bei wirklichem Zahlungsempfang begründet wäre.

[2] Confusio heißt auch die Vereinigung der Hauptschuld und der Bürgschaftsschuld in einer Person, wodurch nämlich die letzte erlischt, wenn sie nicht wirksamer ist, als die erste. L. 5. 14. 71. pr. D. de fideiuss. 46. 1. Wenn dagegen ein Schuldner den Mitschuldner, ein Gläubiger den Mitgläubiger beerbt, so tritt keine Confusio ein. L. 13. D. de duob. reis. 45. 2. L. 93. D. de solut. 46. 3. Si duo rei sint stipulandi et alter alterum heredem scripsit, videndum, an confundatur obligatio? Placet non confundi. Quo bonum est hoc dicere? Quod si intendat *dare sibi oportere*, vel ideo dari oportet ipsi quod heres extitit, vel ideo quod proprio nomine ei deberetur. Atquin magna est huius rei differentia: nam si alter ex reis pacti conventi temporali exceptione summoveri poterit, intererit, is, qui heres extitit, utrumne suo nomine an hereditario experiatur, ut ita possis animadvertere, exceptioni locus sit nec ne. §. 1. Item si duo rei sint promittendi et alter alterum heredem scripsit, non confunditur obligatio (Flor. *confund. obl.*). §. 2. Sed (et) si reus heredem fideiussorem scripserit, confunditur obligatio (Flor. *non confund. obl.*), et quasi generale quid retinendum est, ut ubi ei obligationi, quae sequelae locum obtinet, principalis accedit, confusa sit obligatio; quoties duae sint principales, altera alteri potius adiici (Flor. *adiicitur*) ad actionem, quam confusionem parere (*videatur* Hal.). §. 3. Quid ergo, si fideiussor reum heredem scripserit? Confundetur obligatio secundum Sabini sententiam, licet Proculus dissentiat.

G. Durch Wegfallen des Inhalts der Obligatio.

1) Durch Unmöglichkeit der Erfüllung.

§. 274.

a) Im Allgemeinen.

Die Obligatio wird aufgehoben, wenn und insoweit (§. 253.) die Erfüllung derselben durch Zufall, d. h. ohne Verschulden des

Verpflichteten (§. 250.), unmöglich wird [a], es sey denn durch Verzug [b] oder durch besondere Festsetzung [c] die Haftung selbst für den Zufall begründet. Daher erlischt die Obligatio auf einen individuell bestimmten Gegenstand durch dessen nicht durch Verschulden des Verpflichteten herbeigeführten Untergang [d]; die Leistung eines nur der Gattung nach bestimmten Gegenstandes dagegen bleibt immer möglich [e], wenn auch dem Schuldner Sachen dieser Gattung zu Grunde gegangen sind [1]. Eine alternative Obligatio erlischt aus diesem Grunde erst dann, wenn alle alternativen Leistungen unmöglich geworden sind [f], es mag dem Gläubiger oder dem Schuldner die Wahl zugestanden haben [2].

Anm. [1] Vgl. im Allgemeinen: Fuchs zur Lehre vom periculum bei Obl. im civ. Arch. XXXIV. 5. 10. 17., Mommsen Beitr. zum Obligationenrecht, 1. Abth. „die Unmöglichkeit der Erfüllung in ihrem Einfluß auf obligatorische Verhältnisse." Braunschweig 1853., insbesondere S. 228. fg., und darüber Windscheid in der Heidelb. krit. Ztschr. II. S. 106...145. Hierauf beziehen sich die beiden Rechtsregeln: *Species perit ei cui debetur*, oder: *Debitor speciei liberatur interitu rei;* und: *Genus perire non censetur.* Eine Anwendung der letzten enthält L. 11. Cod. si cert. pet. 4. 2. in dem Satze: Incendium aere alieno non exuit debitorem. Unrichtig die Regel: *casum sentit dominus,* die gleichwohl noch in einem neuesten Entw. e. bürg. Gesetzbuches als Grundregel aufgestellt ist. Wächter im civ. Arch. XV. 6. 9. und in seiner Beurtheilung des Entw. eines bürg. Gesetzb. f. d. Königr. Sachsen S. 128. fg., vgl. Mommsen a. a. O. S. 237. fg. Richtiger als Regel: *Casus a nullo praestantur.*

[2] Hierbei kommt noch in Betracht: a) Möglichkeit der Wahl zwischen dem noch vorhandenen Gegenstande und dem Werthe des untergegangenen? L. 2. §. 3. D. 13. 4. Qui Stichum aut Pamphilum promittit, eligere posse quod solvat, quamdiu ambo vivunt: ceterum ubi alter decessit, extingui eius electionem, ne sit in arbitrio eius, an debeat, dum non vult vivum praestare, quem solum debet. L. 47. §. 3. D. de legat. I. Sed si Stichus aut Pamphilus legetur, et alter ex his vel in fuga sit, vel apud hostes, dicendum erit praesentem praestari aut absentis aestimationem; totiens enim electio est heredi comittenda, quotiens moram non est facturus legatario. Qua ratione placuit, et si alter decesserit, alterum omnimodo praestandum, fortassis vel mortui pretium. b) Einfluß der Mora oder Culpa

[a] L. 23. D. de R. J. L. 18. pr. D. commod. 13. 6. L. 92. 98. §. 8. D. de solut. 46. 3. cf. L. 31. pr. D. de act. emti. 19. 1. [b] L. 23. D. de V. O. 45. 1. §. 251. not. d. e. Anm. 2. [c] §. 3. J. de emt. vend. 3. 23 L. 78. §. 3. D. de contrah. emt. 18. 1. L. 9. §. 2. D. locati. 19. 2. [d] §. 2. J. quib. mod. re contrah. obl. 3. 14. L. 1. §. 4...6. D. de O. et A. 44. 7. L. 33. 37. D. de V. O. 45. 1. L. 9. Cod. de pign. act. 4. 24. [e] L. 1. §. 4. cit. L. 42. D. de iure dot. 23. 3. [f] L. 2. §. 3. D. de eo quod certo loco. 13. 4. L. 10. in f. L. 11. D. de iure dot. 23. 3. L. 9. §. 2. D. de fundo dot. 23. 5. cf. L. 32. pr. D. de cond. indeb. 12. 6. L. 16. D. de V. O. 45. 1. — L. 33. §. 1. L. 95. pr. §. 1. D. de solut. 46. 3.

des Schuldners? L. 47. §. 3. cit. L. 95. pr. §. 1. D. de solut. Stichum aut Pamphilum, utrum ego velim, dare spondes: altero mortuo, qui vivit solus petetur, nisi si mora facta sit in eo mortuo, quem petitor elegit; tunc enim perinde solus ille, qui decessit, praebetur, ac si solus in obligationem deductus fuisset. §. 1. Quodsi promissoris fuerit electio, defuncto altero, qui superest, aeque peti poterit. Enimvero si facto debitoris alter sit mortuus, cum debitoris esset electio, quamvis interim non alius peti potest, quam qui solvi etiam potest, neque defuncti offerri aestimatio potest, si forte longe fuit vilior, quoniam id pro petitore in poenam promissoris constitutum est: tamen si et alter servus postea sine culpa debitoris moriatur, nullo modo ex stipulatu agi poterit, cum illo in tempore, quo moriebatur, non commiserit (in) stipulationem. Sane quoniam impunita non debent esse admissa, doli actio non immerito desiderabitur. c) Einfluß der Mora oder Culpa des Gläubigers? L. 105. D. de V. O. Stipulatus sum, *Damam aut Erotem servum dari;* cum Damam dares, ego, quominus acciperem, in mora fui; mortuus est Dama: an putes: me ex stipulatu actionem habere? Respondit: secundum Massurii Sabini opinionem puto te ex stipulatu agere non posse; nam is recte existimabat, si per debitorem mora non esset, quominus id quod debebat solveret, continuo eum debito liberari. L. 55. D. ad leg. Aquil. 9. 2. Stichum aut Pamphilum promisi Titio; quum Stichus esset decem millium, Pamphilus viginti, stipulator Stichum ante moram occidit; quaesitum est de actione legis Aquiliae. Respondi: quum viliorem occidisse proponitur, in hunc tractatum nihilum differt ab extraneo creditor. Quanti igitur fiet aestimatio? utrum decem millium, quanti fuit occisus, an quanti est, quem necesse habeo dare, id est, quanti mea interest? Et quid dicemus, si et Pamphilus decesserit sine mora? Iam (Hal: *num*) pretium Stichi minuetur, quoniam liberatus est promissor? Et sufficiet, fuisse pluris, quum occideretur, vel intra annum. — Ueberhaupt vgl. Vang. III. §. 569. Anm. 2. Mommsen S. 308. fg.

§. 275.

b) Insbesondere bei gegenseitigen Obligationen.

Bei diesen findet die Regel des vorigen §. bezüglich der beiderseitigen Verbindlichkeiten Anwendung. Dabei aber entsteht die Frage, ob der von seiner Verbindlichkeit Befreite nichtsdestoweniger die Gegenleistung verlangen, das als Gegenleistung Empfangene behalten könne? Diese Frage ist bei Tauschverträgen, die durch bloße Einwilligung vollkommen verbindlich abgeschlossen sind, der Natur der Sache gemäß zu bejahen [a]. „So wenig im Fall sofortiger

[a] L. 34. §. 6. D. de contrah. emt. 18. 1. L. 5. §. 2. D. de rescind. vend. 18. 1. L. 8. pr. D. de periculo. 18. 6. L. 6. Cod. eod. 4. 48. cf. L. 12...14. D. l. c. L. 33. D. locati. 19. 2.

Vollziehung eine Partei das Empfangene einbüßen würde, weil das von ihr Gegebene bei dem Empfänger zu Grunde geht, ebensowenig kann der rechtmäßige Aufschub der Vollziehung diese Wirkung haben, der Schuldner wird befreit und erhält die Gegenleistung" 1. Soll jedoch die Gegenleistung die Vergeltung seyn für die Zeit des Gebrauchs eines Gegenstandes, wie bei der Miethe, so besteht zwar der Anspruch auf jene fort, wenn dem dazu Verpflichteten durch einen ihn betreffenden Zufall der Gebrauch vereitelt wird [b], nicht aber auch, wenn ihm wegen eines den Gegenstand betreffenden Zufalls der Gebrauch nicht gewährt werden kann [c], entsprechend der Zeit, für welche dieser Fall eintritt 2.

Anm. 1 Puchta §. 302. — Im R. R. ist dieses deutlich anerkannt in Beziehung auf den Kaufvertrag; vgl. not. a., insbesondere L. 34. §. 6. cit. Si emtio ita facta fuerit: *est mihi emtus Stichus aut Pamphilus*, in potestate est venditoris, quem velit dare, sicut in stipulationibus. Sed uno mortuo, qui superest dandus est, et ideo prioris periculum ad venditorem posterioris ad emtorem respicit; sed et si pariter decesserunt, pretium debebitur; unus enim utique periculo emtoris vixit. Idem dicendum est, etiamsi emtoris fuit arbitrium, quem vellet habere, si modo hoc solum arbitrio eius commissum sit, ut, quem voluisset, emtum haberet, non et illud, an emtum haberet. Sehr verschieden aber sind die Ansichten darüber, aus welchem Grunde diese Regel beim Kaufe angenommen und inwiefern sie daher auch auf andere gegenseitige Obligationsverhältnisse anzuwenden sey? Wächter a. a. O. Vang. §. 591. Fuchs a. a. O. S. 112. fg. 937. fg. Mommsen S. 329. 345. fg. Windscheid S. 135. fg. Bei unbenannten Contracten war sie nach R. R. schon durch deren eigenthümliche Natur (§. 235.) sehr eingeschränkt; da diese aber im heutigen Rechte nicht mehr besteht, so kommt es nur darauf an, ob jene ihrem Inhalt nach dem Kaufvertrage in der fraglichen Beziehung gleichzustellen? Fuchs S. 388. fg. Mommsen S. 387. fg. Windscheid S. 142. — Abweichend vom R. R. sind neuere Gesetzg., auch das österr. b. Gstzb. §. 1048...1051. 1064. Legislative Erwägungen darüber: Reatz vom casuellen Untergang obligatorischer Rechte in Linde's Ztschr. n. F. XV. 11.

2 Dieser Satz steht fest in Beziehung auf die Miethe von Sachen (not. c.), streitig aber ist es, wie es sich mit der Gegenleistung für versprochene Dienstverrichtung oder Arbeit verhalte, wenn die letzte dem Verpflichteten durch Zufall in seiner Person unmöglich wird? Vgl. a) L. 15. §. 6. D. loc. Item cum quidam nave amissa vecturam, quam pro mutua (Hal. *pro invecto nauta*) acceperat, repeteret, rescriptum est ab Antonino Augusto, non immerito procuratorem Caesaris ab eo vecturam repetere; quum munere vehendi functus non sit: quod in omnibus personis similiter observandum est.

b arg. L. 19. §. 9. L. 38. D. locati. 19. 2. c L. 9. §. 1. 4. L. 19. §. 6. L. 30. §. 1. L. 33. D. eod. cf. L. 15. 27. eod.

b) L. 19. §. 9. eod. Cum quidam exceptor operas suas locasset, deinde is, qui eas conduxerat, decessisset, Imp. Antoninus cum Divo Severo rescripsit ad libellum exceptoris in haec verba: cum per te non stetisse proponas, quominus locatas operas Antonio Aquilae solveres, si eodem anno mercedes ab alio non accepisti, fidem contractus impleri aequum est. §. 10. Papinianus quoque lib. IV. respons scripsit, diem functo legato Caesaris, salarium comitibus residui temporis praestandum, modo si non postea comites cum aliis eodem tempore fuerunt (cf. L. 4. D. de off. adsess. 1. 22.) c) L. 38. eod. Qui operas suas locavit, totius temporis mercedem accipere debet, si per eum non stetit, quominus operas praestet. §. 1. Advocati quoque, si per eos non steterit, quominus causam agant, honoraria reddere non debent. d) L. 1. §. 13. D. de extraord. cogn. 50. 13. Divus Severus ab heredibus advocati mortuo eo prohibuit mercedem repeti, quia per ipsum non steterat, quominus causam ageret. Nach der letzten Stelle geben manche allgemein auch dem selbst Verhinderten noch Anspruch auf die Gegenleistung, z. B. Mühlenbruch §. 365. not. 7. 10. Fuchs a. a. O. S. 403. fg.; Andere dagegen finden darin nur eine singuläre Bestimmung über Advocatenlohn. Vang. a. a. O. Puchta §. 302. not. 7. 10. Mommsen a. a. O. S. 353. fg. Windscheid a. a. O. S. 138.

§. 276.

2) Durch andere Umstände.

Wenn jedes Interesse des Gläubigers an der Erfüllung der Obligatio wegfällt, so hört diese selbst auf [a]. Wenn der Gläubiger dasjenige, was er unentgeldlich (ex causa lucrativa) zu fordern hat, auf unentgeltliche Weise anderweitig erhält [1], so fällt jene Forderung weg [b]. Durch Tilgung einer Hauptschuld wird von selbst auch die accessorische Verbindlichkeit des Bürgen aufgehoben [c], es sey denn [d] die Befreiung des Hauptschuldners durch widerrechtliche Handlung des accessorisch Verpflichteten bewirkt worden [2].

Anm. [1] Die Regel über den sog. concursus causarum lucrativarum (not. b.) enthält L. 17. cit. Omnes debitores, qui speciem ex causa lucrativa debent, liberantur, cum ea species ex causa lucrativa ad creditorem pervenisset. Sehr ausführlich handelt davon: W. Sell, über die römischrechtliche Aufhebungsart der Obligationen durch concursus duar. caus. lucrat., Zürich 1839.; vgl. Roßhirt in seiner Ztschr. II. S. 24. fg. Mommsen a. a. O. S. 255. fg. Windscheid a. a. O. S. 130. fg.

[2] Vgl. §. 357. Anm. 4.

[a] L. 95. 97. §. 1. D. de V. O. 45. 1. L. 32. D. locati. 19. 2. [b] §. 6. J. de legat. 2. 20. L. 34. §. 2. 7. 8. L. 82. pr. D. de legat. I. L. 17. 19. D. de O. et A. 44. 7. L. 83. §. 6. D. de V. O. 45. 1. [c] L. 71. pr. D. de fideiuss. 46. 1. L. 4. Cod. eod. 8. 41. L. 43. D. de solut. 46. 3. [d] L. 88. 95. § 1. in fine. D. de V. O. 45. 1. L. 32. §. 5. D. de usur. 22. 1. cf. L. 19. D. de dolo. 4. 3.

§. 277.

H. Durch Verwirkung des Gläubigers und Verjährung.

Eine Forderung kann verwirkt werden durch unerlaubte Selbsthülfe [a], durch unstatthafte Cession [b], und durch Uebernahme der Vormundschaft über den Schuldner unter Verheimlichung der Forderung [c].

Endlich kann der Gläubiger seiner Forderung auch durch Versäumung der Klage verlustig werden, insofern nun deren Geltendmachung durch die Einrede der Verjährung ausgeschlossen wird.

Anm. 1 In Beziehung auf die Frage, wieweit sich die Wirkung der Verjährung einer Forderungsklage erstrecke (§. 111.), stehen sich zwei Hauptmeinungen gegenüber: a) Ungeachtet der Verjährung bleibe eine naturalis obligatio mit allen regelmäßigen Wirkungen bestehen, neuerdings u. a. vertheidigt von Francke Abh. Nr. 2. Guyet im civ. Arch. XI. 5. Sav. Syst. VI. S. 366...407. Obl. I. S. 96. fg. Puchta §. 92. und Vorles. I. S. 192. 427. fg. b) die Verjährung hebe die Obligatio vollständig, mit allen Wirkungen der naturalis obligatio, auf, vertheidigt u. a. von Löhr im civ. Arch. X. S. 72. fg. Heimbach in Linde's Ztschr. I. 22. Vermehren das. II. 9. Büchel, Erörter. I. S. 1. fg. Vang. I. §. 151. Sint. §. 31. not. 57. Mittelmeinungen sind: α) Es bleibe zwar eine naturalis obligatio, diese könne aber nicht zur Compensation gegen später entstandene Forderungen des Schuldners dienen. Mühlenbruch §. 401. Unterholzner, Schuldverhältnisse I. S. 528. 557., vgl. dessen Verjährungslehre II. §. 258. β) Nur bei den nach dem prätorischen oder aedilitischen Edict auf eine gewisse Frist beschränkten Ansprüchen bleibe nach Ablauf der Frist auch keine natürliche Schuldverpflichtung übrig. Unterholzner a. a. O. arg. L. 1. §. 3. D. quando annalis. 15. 2. L. 1. §. 7. D. de contr. tut. 27. 4. L. 6. D. de O. et A. 44. 7. L. 37. D. de fideiuss. 46. 1. L. 18. §. 1. D. de const. pec. 13. 5. L. 25. §. 1. D. rat. rem. 46. 8. Vgl. Donelli. Comment. XVI. cap. 8. §. 21. 22. XXII. cap. 2. §. 18., nach welchem in diesem Fall die Obligatio ipso iure, nicht per exceptionem, erlöschen soll, welchem neuerdings beistimmt Brinz krit. Bl. Nr. 3. S. 14., dazu jetzt noch Demelius Untersuchungen S. 65. fg. 106. fg. Dagegen Sav. Syst. VI. S. 327. Ein starkes Argument für die schwächere Wirkung (nach a.) gibt der Umstand, daß nach L. 7. Cod. de praescript. 30. annor. 7. 39. die Pfandklage unter Umständen erst in längerer Zeitfrist verjährt, wie die persönliche Klage; das stärkste Argument für die stärkere Wirkung (nach b.) liegt in der Erwägung, daß der Zweck der Klagenverjährung ganz vereitelt werde, wenn eine verjährte Forderung immer noch zur Compensation gegen eine später entstandene Forderung benutzt werden könnte, welchem die Mittelmeinung unter α. zu entgehen sucht. Vgl. jedoch Seuffert's Arch. II. 163.

2 Die Klage aus Correalobligationen verjährt zugleich für alle Betheiligte,

[a] §. 94. not. d...g. [b] §. 258. Anm. 3. cf. §. 259. not. c. [c] nov. 72. cap. 4.

indem die Unterbrechung der Verjährung durch einen Gläubiger oder gegen einen Schuldner für, beziehungsweise gegen alle wirkt. L. 5. Cod. de duob. reis. 9. 40. Vgl. Rückert in Linde's Ztschr. n. F. XII. S. 53. Kuntze d. Obl. S. 193. Sav. Obl. I. S. 193. fg. „Wenn einer von mehreren Correalgläubigern stirbt und einen unmündigen Erben hinterläßt, so ist dessen Klagrecht einstweilen aller Verjährung entzogen, während für die Klagen seiner Mitgläubiger die Verjährung stets fortgeht und also auch ablaufen kann ... Jenes günstige Verhältniß des Unmündigen hat eine rein persönliche Natur ... Das Correalverhältniß kann also in diesem Fall eben so wenig die Begünstigung des Unmündigen verhindern als den Ablauf der Verjährung gegen die Mitgläubiger."

3 Mit der Hauptforderung ist auch die Zinsforderung verjährt; diese kann aber auch für sich verjähren (§. 107. not. c. d.). Außerdem wird langjährige Nichteinforderung verfallener Zinsen, aus Rücksicht gegen den Schuldner, als stillschweigender Erlaß angesehen. L. 17. §. 1. D. de usur. 22. 1. L. 54. D. de donat. int. v. et u. 24. 1. Sint. §. 87. not. 17.

Zweites Capitel.

Von einzelnen Schuldverhältnissen.

§. 278.

Die Theorie kann sich nicht zur Aufgabe setzen, alle möglichen Schuldverhältnisse nach ihrer Besonderheit darzustellen; denn diese sind von unerschöpflicher Manchfaltigkeit, und der Rechtsverkehr kann deren immer neue von eigenthümlicher Gestaltung hervorbringen, die alsdann nach den allgemeinen Grundsätzen oder nach Analogie verwandter Verhältnisse zu beurtheilen sind. Es gibt aber viele besonders ausgebildete Arten von obligatorischen Verhältnissen, deren Natur und Wirkung im Allgemeinen durch das Recht näher bestimmt ist. Diese sind theils von selbständiger Bedeutung, theils beziehen sie sich als accessorische Rechtsverhältnisse auf andere Forderungen, zu deren Sicherheit sie dienen. Die letzten finden ihren Platz im folgenden Capitel; die Darstellung der ersten macht den Inhalt dieses Capitels aus. Man kann diese nach verschiedenen Gesichtspunkten eintheilen. Sieht man aber auf den Inhalt der einzelnen Arten von Schuldverhältnissen im Ganzen, nicht blos auf den Inhalt der einzelnen Forderungen, welche für eine oder andere Partei sich daraus ergeben, so möchte wohl vorzugsweise eine Eintheilung nach den Entstehungsgründen als angemessen erscheinen,

indem die Verschiedenheit derselben vorzugsweise für das Wesen der Schuldverhältnisse bestimmend ist, ohne jedoch diesen Eintheilungsgrund so ausschließlich festzuhalten, daß man nicht Schuldverhältnisse von nahe verwandtem Inhalt auch ungeachtet der Verschiedenheit des Entstehungsgrundes mit andern zusammenstellen dürfte. Demnach soll in diesem Capitel 1) von Obligationen aus Verträgen und verwandten Verhältnissen die Rede seyn, 2) von Obligationen aus unerlaubten Handlungen, und 3) von den übrigen Fällen. Unter den ersten aber werden zunächst wieder unterschieden a) einseitige Schuldverhältnisse, theils schlechthin einseitige, theils mit der Möglichkeit daraus sich ergebender Gegenforderungen (§. 212.), b) wesentlich gegenseitige Schuldverhältnisse. Ausgeschlossen werden hier diejenigen Schuldverhältnisse, die in wesentlichem Zusammenhange mit anderen Lehren, mit dem Familienrecht oder Erbrecht, stehen.

I. Obligationen aus Verträgen und verwandte Verhältnisse.

A. Einseitige Obligationen.

§. 279.

1) Das Schenkungsversprechen.

Ein in der Absicht, zu schenken, gegebenes Versprechen, sofern die Erfordernisse einer gültigen Schenkung (§. 81.) vorhanden sind, erzeugt eine Klage auf Erfüllung, die man condictio ex lege 35. Cod. de donat. zu nennen beliebt [a]. Der Schenker haftet nach §. 250. nur für grobes Verschulden [b]. Verzugszinsen braucht er nicht zu zahlen [c]. Auch steht ihm die Rechtswohlthat der Competenz zu, unter Berücksichtigung selbst seiner anderweitigen Schulden [d].

2) Das Darlehen.

§. 280.

a) Begriff und Wirkung [a].

Der Darlehensvertrag (mutuum), ein Realcontract [b], verschieden von dem sog. pactum de mutuo dando [c], besteht in der

[a] §. 81. not. b. [b] L. 18. §. 3. D. de donat. 39. 5. [c] L. 22. D. l. c. [d] L. 19. §. 1. D. de rei iud. 42. 1. §. 225. Anm. 1. u. 3. b.

[a] Dig. de rebus creditis si certum petetur et de condictione. 12. 1. Cod. de rebus creditis et iureiurando. 4. 1. si certum petatur. 4. 2. [b] pr. J. quib. mod. re contrah. obl. 3. 14. [c] cf. L. 30. D. h. t.

Hingabe vertretbarer Sachen zum Eigenthum, in eigener Person oder durch einen Stellvertreter [1], unter Verabredung künftiger Rückgabe einer gleichen Quantität [d]. Diese Rückzahlung zu bewirken [2], wenn auch das Gegebene dem Empfänger durch Zufall verloren ging [e], dient dem Darleiher die Darlehensklage, sog. condictio ex mutuo, nach römischem Recht eine actio stricti iuris [f], die aber nach heutigem Recht auch auf Verzugszinsen gehen kann [g]. Eine gleiche Schuldverbindlichkeit kann jedoch auch entstehen, obwohl das Eigenthum der vertretbaren Sachen nicht sofort durch die Hingabe [h] oder nicht unmittelbar von dem Darleiher [i] an den Empfänger gekommen, wenn nur im Erfolg dasselbe erreicht ist [3].

Anm. 1 Darüber insbesondere Ihering in den Jahrb. für Dogm. II. S. 87. fg. vgl. oben §. 246. Anm. 3. a. E.

2 Ueber die Zeit der Rückzahlung, insbesondere im Fall verabredeter Kündigung, vgl. Seuffert §. 310. Die Verabredung, daß die Rückzahlung erfolgen solle, „wenn der Gläubiger das Geld vonnöthen hat", stellt die Bestimmung der Zahlungszeit in das Ermessen des Darleihers: Erkenntniß des O.-A.-Gerichts zu München in Seuffert's Arch. II. 33.

3 Vgl. a) L. 11. §. 2. D. h. t. Si fugitivus servus nummos tibi crediderit . . . vindicari nummi possunt, si extant, aut, si dolo malo desinant possideri, ad exhibendum agi; quodsi sine dolo malo consumsisti, condici tibi poterunt. L. 13. §. 1. eod. Si alienos nummos tibi mutuos dedi, non ante mihi teneris, quam eos consumseris. Sog. condictio de bene depensis (not. h.). b) L. 11. pr. eod. (Ulpian.) Rogasti me, ut tibi pecuniam crederem; ego, quum non haberem, lancem tibi dedi vel massam auri, ut eam venderes et nummis截 utereris; si vendideris, puto mutuam pecuniam factam: cf. L. 19. pr. D. de praescript. verb. 19. 5. Sog. contractus mohatrae! vgl. Glossarium ad scriptores mediae et infimae latinitatis, v. *Mohatra* „vox portentosa, qua significatur contractus, *quo*, inquit Escobarius, *quis, egens pecunia, emit pecunia credita a mercatore merces summo pretio, et statim ei pecunia numerata pretio infimo revendit.*" c) L. 15. eod. (Ulpian.). Singularia quaedam recepta sunt circa pecuniam creditam. Nam si tibi debitorem meum iussero dare pecuniam, obligaris mihi, quamvis meos nummos non acceperis. Quod igitur in duabus personis recipitur, hoc et in eadem persona recipiendum est, ut, quum ex causa mandati pecuniam mihi debeas, et convenerit, ut crediti nomine eam retineas, videatur mihi data pecunia et a me ad te profecta. Anderer Meinung war in Beziehung auf b. und c. der ältere Rechtsgelehrte Africanus nach L. 34. pr. D. mand. 17. 1. vgl. Sav. I. S. 281. Ueber die Anwendung von c. auf den Fall einer Schuldforderung

d L. 2. D. h. t. e L. 1. §. 4. D. de O. et A. 44. 7. f pr. J. l. c. L. 9. D. h. t. g §. 210. Anm. 3. §. 251. Anm. 3. h L. 11. §. 2. L. 12. 13. 19. §. 1. D. h. t. §. 2. J. quib. alien. lic. 2. 8. i L. 9. §. 8...L. 11. pr. L. 15. D. h. t.

nach Abrechnung: Seuffert's Arch. II. 35. 36. III. 105. d) L. 32. D. h. t. (Iuventius Celsus.) Si et me et Titium mutuam pecuniam rogaveris, et ego meum debitorem tibi promittere iusserim, tu stipulatus sis, quum putares eum Titii debitorem esse, an mihi obligaris? Subsisto: si quidem nullum negotium mecum contraxisti. Sed propius est, ut obligari te existimem, non quia pecuniam tibi credidi; hoc enim nisi inter consentientes fieri non potest, sed quia pecunia mea, quae ad te pervenit, eam mihi ad te reddi, bonum et aequum est. Sog. condictio Iuventiana. — Ueberhaupt vgl. Heimbach d. Lehre vom Creditum nach den gemeinen in Deutschland geltenden Rechten. Leipzig 1849. S. 131. fg. Dieses „weitschweifige Werk enthält im Widerspruch mit seinem Titel nur eine (auf Savigny's System V. Beil. XIV. gegründete) Darstellung des reinen römischen Rechts und Processes." Rudorff zu Puchta §. 304. not. a.

§. 281.

b) Beweis des Darlehens.

In Beziehung auf den Beweis des Darlehens besteht eine besondere Rechtsvorschrift [a]. Die Beweiskraft eines schriftlichen Schuld- und Empfangbekenntnisses [2] über das Darlehen [3] kann innerhalb der nächsten zwei Jahre [4] nach seiner Ausstellung beseitigt werden durch die Behauptung des Ausstellers, daß die bescheinigte Auszahlung [5] wirklich nicht stattgefunden habe, querela non numeratae pecuniae, sey es, daß er diese als sog. exceptio non numeratae pecuniae [6] gegen die Klage des angeblichen Gläubigers vorbringe [b], oder wegen Nichtempfanges auf Rückgabe des Schuldscheins klage [c], oder durch eine schriftlich dem Gegner zugestellte oder gerichtlich erklärte Verwahrung [d] den Inhalt des Schuldscheins bestreite. Der Gegner wird dadurch genöthigt, dessen Wahrheit durch andere Beweismittel zu beweisen [e], soll aber dann auch, falls ihm dieses gelingt, den doppelten Betrag der geläugneten Schuld zu fordern berechtigt seyn, ausgenommen, wenn der Schuldner in Folge des Eidesantrags die Schuld eingesteht [f]. Nach Ablauf jener Zeitfrist, wenn solche Anfechtung unterblieben ist, erhält die Urkunde volle Beweiskraft [g], ohne jedoch den Gegenbeweis, ausgenommen durch Eidesantrag [h], auszuschließen [7]. Schon vorher gilt dasselbe, nachdem der Schuldner die Wahrheit des Bescheinigten

[a] Cod. de non numerata pecunia. 4. 30. cf. J. de litterarum obligatione. 3. 21. [b] L. 7. 8. 9. 14. 16. Cod. h. t. [c] L. 7. eod. L. 4. Cod. de cond. ex lege. 4. 9. [d] L. 14. §. 4. Cod. h. t. cf. nov. 100. cap. 1. Auth. *hanc autem* ad L. 14. Cod. h. t. [e] L. 3. Cod. h. t. [f] Nov. 18. cap. 8. Auth. *contra* ad L. 4. Cod. h. t. §. 252. Anm. 1. a. [g] §. un. J. l. c. L. 8. 14. pr. Cod. h. t. [h] L. 14. §. 3. Cod. h. t. cf. L. 13. eod. L. 4. Cod. de dot. promiss. 5. 11.

ausdrücklich oder stillschweigend, namentlich durch theilweise Rückzahlung oder Zinszahlung, anerkannt[i], oder auf die Beschwerde verzichtet hat[8].

Anm. [1] Vgl. überhaupt Unterholzner im civ. Arch. VII. 1. Cropp in seinen und Heise's Abh. I. 18. Gneist, die formellen Verträge, S. 1...110. 233. fg. Heimbach a. a. O. S. 633. fg. Eine neue Ansicht über die exceptio non num. pec. entwickelt Einert, „über das Wesen und die Form des Litteralcontracts in Vergleichung desselben mit dem Wechsel." Leipzig 1852., wornach sie „einzig und allein bei Formalcontracten Anwendung finde" und „außer den Fällen, wo der Beklagte mit der actio ex stipulatu oder der actio ex litterarum obligatione angegriffen oder bedroht war, im römischen Proceß niemals angewendet werden konnte", und nicht stattfand, wo die Urkunde das Bekenntniß des Empfangs oder der Zahlung als des eigentlichen Obligationsgrundes enthielt. Dagegen Heidelb. krit. Ztschr. I. S. 479. fg.

[2] Nicht anwendbar ist die Vorschrift: a) wenn die Urkunde die Schuld als aus einem andern Schuldverhältniß herrührend bezeichnet, L. 5. 13. Cod. h. t. vgl. §. 280. Anm. 2. c. Seuffert's Arch. I. 335. V. 274. VI. 178., oder b) das Bekenntniß enthält, daß die Auszahlung schon in einer frühern näher bezeichneten Zeit geschehen sey, sowie c) wenn eine öffentliche Urkunde die Auszahlung als vor der beglaubigenden Autorität geschehen bezeichnet. §. 262. Anm. 2. vgl. Seuffert §. 311. not. 3. 11. Seuffert's Arch. II. 34. IV. 31.

[3] Manche erstrecken die Vorschrift auch auf andere Empfangscheine, ausgenommen über ein Depositum, arg. L. 14. pr. §. 2. Cod. h. t. Unterholzner a. a. O. S. 19. Dagegen L. 5. 7. Cod. h. t. Seuffert not. 8. Gneist S. 294. fg.

[4] Ueber das ältere Recht: L. 1. Cod. Hermogen. tit. I. Ex cautione (l. *exceptionem*) non numeratae pecuniae non anni, sed quinquennii spatio deficere, nuper censuimus. L. 14. pr. Cod. h. t.

[5] Auch sofern der Aussteller weniger, als geschrieben ist, empfangen zu haben behauptet, findet die Regel Anwendung. L. 2. 9. Cod. h. t.

[6] Eine eigentliche Exceptio ist dies nicht, konnte es aber nach R. R. seyn, wenn, wie üblich, wegen Rückzahlung des Darlehens zugleich eine Stipulation stattgefunden hatte. L. 1. 2. 7. 8. 9. Cod. h. t. cf. L. 30. D. de reb. cred. 12. 1. Gai. IV. 116. Vgl. Gneist S. 8. 265. fg.

[7] Vgl. §. 262. Anm. 2. a. E. Eine strengere Meinung wird u. a. noch vertheidigt von Cropp a. a. O. §. 11. 29. fg. Mühlenbruch §. 376. not. 6. Gneist S. 89. fg. Eine Hauptstütze dafür ist §. un. J. l. c. cf. Theophil. ad h. l. Vgl. auch Heimbach a. a. O. S. 669. fg. Gegen Gneist: Heidelb. krit. Ztschr. I. S. 485. fg. vgl. Seuffert's Arch. VI. 179. VII. 169. VIII. 250.

[8] Seuffert's Arch. IV. 30. V. 276. Ob auch der in der Urkunde selbst erklärte Verzicht diese Wirkung habe? Puchta §. 305. not. n. Vorles. II. S. 151. Dagegen, mit der herrschenden Meinung, Seuffert §. 311. not. 12. „Dergleichen Entsagungsclauseln werden leicht stehende Artikel in den Schuldurkunden,

[i] L. 4. Cod. h. t. cf. L. 14. §. 1. eod.

auf welche man kein Gewicht legen kann"; vgl. Seuffert's Arch. VI. 26., jedoch ausgenommen den Fall eidlich bekräftigten Verzichts. Sint. §. 96. not. 44. — Uebrigens können auch Erben und Bürgen sich der querela non num. pec. bedienen, L. 8. 12. Cod. h. t.; nicht auch ein durch Novation eingetretener neuer Schuldner, L. 6. Cod. h. t.

[9] Im Vorstehenden ist die Darstellung dieser Lehre nach den ersten Auflagen beibehalten, entsprechend der, abgesehen von einzelnen Streitfragen, bis zur neuesten Zeit unangefochtenen Praxis. Dagegen hat aber nunmehr Bähr (die Anerkennung) S. 291. fg. (vgl. Arndts in der krit. Ueberschau IV. S. 36. fg.) den Hauptsatz selbst angefochten, indem er, in dem Schuldschein einen Formalvertrag erkennend (§. 233. Anm. 2. a. E.), diesem innerhalb der zweijährigen Frist nur die Verpflichtungskraft, nicht aber dem im Schuldschein etwa zugleich enthaltenen Empfangbekenntniß die Beweiskraft abspricht, wogegen Brinz Pand. I. S. 428. fg., obwohl in jener Auffassung mit ihm übereinstimmend, die gemeine Meinung noch vertheidigt (gegen diesen wieder Bähr in d. Jahrb. für Dogm. II. S. 346.). Schlesinger hingegen (zur Lehre von den Formalcontracten u. s. w. S. 180. fg.), obwohl die Bähr'sche Theorie von der Verpflichtungskraft der Urkunde bestreitend, verwirft doch die gemeine Meinung ebenfalls, indem er zur Anfechtung des Schuldscheins innerhalb der gesetzlichen Frist von Seiten des Ausstellers vor allem den Beweis erfordert, daß jener vor wirklicher Auszahlung ausgestellt worden sey. Vgl. oben §. 262. Anm. 2. Vgl. noch, gegen Bähr und Schlesinger, H. Witte, die Bereicherungsklagen. S. 225. fg.

§. 282.

c) Beschränkung des Darlehens.

Nach dem Sc. Macedonianum [a] erzeugt das Gelddarlehen [b] an ein in der väterlichen Gewalt befindliches Kind [c] keine wirksame Klage [1]; diese wird durch exceptio Sc. Macedoniani ausgeschlossen [d], die nicht nur dem Empfänger selbst, nach wie vor Aufhebung der väterlichen Gewalt [e], sondern auch dem Erben und dem Vater desselben [f] gegen die Klage aus dem Darlehen [g] zusteht, sowie dem Bürgen, sofern er wegen geleisteter Zahlung einen Rückanspruch an den Hauptschuldner hätte [h], überall jedoch ohne auch die Wirkungen der naturalis obligatio auszuschließen [i], und unwirksam gegen das Restitutionsgesuch eines minderjährigen Darleihers [k]. Außerdem fällt die

[a] Dig. de senatusconsulto Macedoniano. 14. 6. Cod. ad Sc. Maced. 4. 28. cf. §. 7. J. quod cum eo. 4. 17. Theophil. ad h. l. [b] h. 1. pr. L. 3. §. 2. 3. L. 7. pr. §. 3. L. 13. D. h. t. L. 3. Cod. h. t. [c] L. 1. §. 1...3. L. 3 §. 4. L. 9. §. 2 L. 14. eod. L. 6. §. 1. Cod. h. t. [d] L. 11. D. h. t. [e] L. 1. pr. §. 2. L. 7. §. 15. D. h. t. [f] L. 7. §. 10. D. h. t. L. 6. pr. Cod. eod. [g] L. 3. §. 2. D. h. t. [h] L. 9. §. 3. eod. cf. L. 2. in f. D. quae res pign. 20. 3. — L. 7. §. 11. D. h. t. [i] L. 9. §. 4. 5. L. 10. D. h. t. L. 19. pr. 40. pr. D. de cond. indeb. 12. 6. cf. α) L. 19. D. de novat. 46. 2. L. 2. Cod. h. t. L. 13. D. h. t. β) L. 9. §. 1. eod. L. 14. D. de reb. cred. 12. 1. L. 26. §. 9. D. de cond. indeb. 12. 6. γ) L. 18. D. h. t. [k] L. 3. §. 2. eod. L. 11. §. 7. D. de minor. 4. 4. cf. L. 34. pr. eod.

Berufung auf das Sc. Maced. noch aus verschiedenen Gründen, theils überhaupt[2], theils für den Empfänger des Darlehens[3], weg.

Anm. 1 Verba senatusconsulti Macedoniani haec sunt: *Cum inter ceteras sceleris causas Macedo, quas illi natura administrabat, etiam aes alienum adhibuisset, et saepe materiam peccandi malis moribus* (Vulg. *hominibus*) *praestaret, qui* (Hal. *quum*) *pecuniam, ne quid amplius diceretur, incertis nominibus crederet, placere, ne cui, qui filiofamilias mutuam pecuniam dedisset, etiam post mortem parentis eius, cuius in potestate fuisset, actio petitioque daretur, ut scirent, qui pessimo exemplo foenerarent, nullius posse filiifamilias bonum nomen expectata patris morte fieri.*

2 Dies ist der Fall: a) wenn der Vater die Aufnahme des Darlehens veranlaßt oder hinterher, sey es auch stillschweigend, z. B. durch theilweise Zahlung, genehmigt hat. L. 17. §. 11. 15. L. 12. 16. D. h. t. L. 2. 7. pr. Cod. eod. (vgl. Seuffert's Arch. IV. 29.). b) wenn das Darlehen zum Vortheil des Vaters aufgenommen oder auch nur hinterher dazu verwendet worden ist, sey es auch zur Bestreitung von dem Vater obliegenden Ausgaben für das Kind. L. 7. §. 12. 13. D. h. t. L. 2. 5. Cod. h. t. cf. L. 47. §. 1. D. de solut. 46. 3. c) wenn dasselbe geschah zur Bestreitung unabweislicher Bedürfnisse oder zur Bezahlung anderer nicht durch Einrede beschränkter Schulden. L. 47. §. 1. cit. L. 7. §. 14. D. h. t. d) wenn der Darleiher den Darlehensempfänger aus entschuldbarem Irrthum für selbständig hielt. L. 3. pr. L. 19. D. h. t. e) wenn der letzte zur Zeit des Darlehens Soldat war. L. 7. §. 1. Cod. h. t. Dies wird jedoch bestritten z. B. von Mühlenbruch not. 22. Puchta §. 306. not. t. (vgl. Anm. 3. a.); der letzte nennt dies mit Unrecht „ein privilegium *odiosum* militum, welches alle Wahrscheinlichkeit gegen sich habe."

3 Dies ist der Fall: a) wenn der Empfänger zur Zeit des Darlehens ein peculium castrense oder quasi castrense hat (nicht blos, wenn das Darlehen für dieses gemacht wurde, wie Mühlenbruch not. 21. annimmt), soweit dasselbe reicht. L. 1. in f. L. 2. D. h. t. (Ob dies auch auf das sog. peculium adventitium irregulare Anwendung finde? Vang. I. §. 245.; dagegen Seuffert §. 312. not. 11.). b) wenn und soweit der Empfänger, nachdem er Paterfamilias geworden, die Schuld genehmigt hat. L. 2. Cod. h. t. Dabei fragt sich, ob theilweise Zahlung als stillschweigende Anerkennung der ganzen Schuld die Exceptio rücksichtlich des Restes ausschließe? verneint von Puchta §. 306. not. cc., bejaht von Francke Abh. S. 125. u. a, Vgl. L. 7. §. 15. 16. D. h. t. (Ulp. lib. 29. ad edictum). Hoc amplius cessabit Sc., si pater solvere coeperit, quod filiusfamilias mutuum sumserit, quasi ratum habuerit. §. 16. Si paterfamilias factus solverit partem debiti, cessabit Sc., nec solutum repetere poterit; L. 8. eod. (Paul. ad edictum), quum tamen a curatore per ignorantiam solutum sit, repeti debet. L. 9. pr. eod. (Ulp. lib. 29. ad edictum). Sed si paterfamilias factus rem pignori dederit, dicendum erit, senatusconsulti exceptionem ei denegandam usque ad pignoris quantitatem. cf. L. 9. §. 4. eod. — Ueber die Wirkung einer Novation: L. 2. Cod. cit. cf. L. 20. D. h. t.

§. 283.

d) Verzinsliches Darlehen.

Mit der Darlehensverbindlichkeit kann eine Zinsverbindlichkeit verbunden seyn; die letzte versteht sich aber nicht von selbst und ist kein Bestandtheil der ersten [a]. Statt der Zinsen kann auch, nach römischem Recht freilich nur durch Stipulation, geradezu Rückzahlung einer größeren Summe gültig verabredet werden [b], nur nicht zum Zweck ungesetzlichen Zinswuchers [c]. Uebernimmt aber der Darleiher die Gefahr des dargeliehenen Geldes, es sey für eine Seefahrt, pecunia traiectitia, foenus nauticum [d], oder mit Rücksicht auf eine andere gefahrvolle Unternehmung, sog. foenus quasi nauticum [e], so kann dafür eine höhere Summe mit Ueberschreitung des gesetzlichen Zinsmaßes als Prämie ausbedungen werden [f].

Anm. Nach älterem R. R. war das foenus nauticum für die Dauer der Gefahr ganz unbeschränkt. Pauli sent. II. 14. §. 3. Justinian beschränkte es auf centesimae usurae (§. 209. Anm. 1.), gestattete dann aber diese Zinsen in nov. 106. bis zur Rückzahlung, was jedoch durch die nichtglossirte nov. 110. wieder aufgehoben wurde. Nach heutigem Recht findet diese Beschränkung nicht mehr statt. Eichhorn Einl. in d. deutsche Privatr. §. 107. a. E. 114. — Einen interessanten hieher gehörigen Rechtsfall betrifft L. 122. §. 1. D. de V. O. 45. 1., worüber zu vgl. Huschke, das Schiffsdarlehn des Kallimachus, in Linde's Ztschr. n. F. X. 1. und Goldschmidt Unters. zur L. 122. §. 1. D. de V. O. Heidelb. 1855.

3) Obligationen auf Rückerstattung bestimmter Sachen.

§. 284.

a) Leihvertrag. Commodatum.

Der Leihvertrag, Commodatum [a], besteht darin, daß einer, (Commodant) dem andern (Commodatar) eine bewegliche oder unbewegliche Sache [b] unentgeltlich [c] zum Gebrauche übergibt, ohne Uebertragung des Eigenthums oder juristischen Besitzes [d] unter der

[b] L. 1. 3. Cod. de usur. 4. 32. vgl. §. 280. not g. [b] L. 11. §. 1. D. de reb. cred. 12. 1. L. 17. pr. D. de pactis. 2. 14. [c] §. 209. not. d. [d] Dig. de nautico foenore. 22. 2. Cod. 4. 33. [e] L. 5. D. h. t. [f] L. 4. pr. D. L. 2. Cod. h. t. cf. L. 26. §. 1. Cod. de usur. 4. 32. nov. 106. 110.

[a] Dig. commodati vel contra 13. 6. Cod. de commodato. 4. 23. X. 3. 15. [b] L. 1. §. 1. D. h. t. [c] §. 2. J. quib. mod. re contrah. obl. 3. 14. cf. L. 17. §. 3. D. de praescript. verb. 19. 5. [d] L. 8. 9. 15. 16. D. h. t. cf. D. L. 15. D. depos. 16. 3.

Verpflichtung, dieselbe Sache [e] künftig zurückzugeben. Der Commodatar haftet regelmäßig für jedes Versehen, nicht auch für den Zufall [f]; er muß auch den durch vertragswidrige Benutzung erhaltenen Gewinn herausgeben [g]; die Klage gegen ihn ist die actio commodati directa [h]. Der Commodant kann aber nicht willkürlich zu jeder Zeit die Rückgabe der Sache verlangen, bevor der bewilligte Gebrauch gemacht werden konnte oder die dafür etwa festgesetzte Zeit abgelaufen ist [i]. Auch kann für den Commodatar eine Gegenforderung entstehen auf Ersatz angemessener Verwendungen [k], auf Ersatz des Schadens, den er in Folge Verschuldens, jedoch regelmäßig nur eines groben Verschuldens des Commodanten durch den verstatteten Gebrauch erlitten hat [l], und, wenn er wegen Verlustes der Sache Ersatz leisten muß, auf Abtretung der bezüglich der Sache entstandenen Klagen gegen dritte Personen [m], oder auf Wiedererstattung des geleisteten Ersatzes oder der Sache, falls der Commodant später diese selbst wieder erlangt [n]. Diese Gegenansprüche kann der Commodatar nach Umständen durch actio commodati contraria oder durch Exceptio gegen die Klage des Commodanten geltend machen [o].

Anm. Ueber das Verhältniß des Commodatum zum Precarium vgl. L. 1. §. 3. D. de precario 43. 26. Et est simile (precarium) commodato; nam et qui commodat rem, sic commodat, ut non faciat rem accipientis, sed ut ei uti re commodata permittat. L. 2. §. 2. eod. Itaque quum quid precario rogatum est, non solum hoc interdicto uti possumus, sed etiam praescriptis verbis actione, quae ex bona fide oritur. Savigny, vom Besitz S. 562. fg. Schmidt, das Commodatum und Precarium. (§. 173. Anm. 3.)

b) Hinterlegungsvertrag. Depositum [a].

§. 285.

a) Regelmäßiges Depositum.

Dieses wird geschlossen durch Ueberlieferung, beziehungsweise Uebernahme einer beweglichen Sache zum Zwecke der Aufbewahrung, ohne Vergeltung [b] und ohne weitere Verpflichtung, als die, diese

[e] L. 3. §. 6. L. 4. D. h. t. [f] L. 5. §. 2...10. L. 10. pr. L. 18. pr. 23. D. h. t. vgl. §. 250. [g] arg. L. 13. §. 1. D. h. t. [h] vgl. §. 99. [i] L. 17. §. 3. eod. [k] L. 18. §. 2. eod. [l] L. 17. §. 3. L. 18. §. 3. eod. cf. L. 5. §. 10. eod. [m] L. 12. D. de re iud. 42. 1. [n] L. 17. §. 5. cf. L. 13. pr. D. h. t. [o] L. 18. §. 4. D. h. t. cf. L. 4. Cod. eod.

[a] Dig. depositi vel contra. 16. 3. Cod. 4. 34. X. de deposito. 3. 16. cf. Collat. leg. Mos. tit. 10. [b] §. 3. J. quib. mod. re contrah. 3. 14. L. 1. pr. §. 8...10. D. h. t.

Sache in Gewahrsam zu halten und künftig zurückzugeben [c]. Der Uebergebende heißt Deponent, der Uebernehme Depositar. Ob der erste Eigenthümer sey, kommt nicht in Betracht [d], wenn nur der letzte es nicht ist [e]. Gegen diesen findet actio depositi directa statt [1], gegen welche weder Retention [2] noch Compensation zulässig ist [f]. Er haftet aber der Regel nach nur für grobes Verschulden [g]. Hat er ohne solches die Sache bei einem Andern hinterlegt, so braucht er nur seine Klage gegen diesen abzutreten [h]. Der Erbe, der die Sache in gutem Glauben veräußert hat, braucht nur den Preis oder die Klage darauf zu gewähren [i]. Mehrere Depositare haften jeder für's Ganze [k]; von mehreren Erben eines Depositars aber haftet jeder nur insofern für das Ganze, als er selbst in grober Schuld ist [l]. Gegenansprüche wegen Verwendung auf die Sache, oder wegen durch Schuld des Gegners erlittenen Schadens, kann der Depositar durch depositi actio contraria geltend machen [m].

Anm. 1 Nach R. R. ist die Klage infamirend (§. 31. Anm. 1. f.). Im Fall eines in dringender Noth vorgenommenen Depositum (sog. depositum miserabile) geht sie wegen Dolus auf das Doppelte. L. 1. §. 1 . . . 4. L. 18. D. h. t. §. 17. 23. 26. J. de act. 4. 6. vgl. §. 252. Anm. 1. c. — Als utilis actio kann sie einem Dritten zustehen, an welchen die Rückgabe verabredet war. L. 26. pr. D. h. t. §. 246. Anm. 3.

2 Streitig, ob nicht wegen Ersatzes nothwendiger Verwendungen Retention zulässig sey? Seuffert §. 316. not. 16. Dagegen Puchta §. 321. not. r. — Inwiefern die Behauptung des Depositars, selbst Eigenthümer zu seyn, die Verweigerung der Rückgabe rechtfertige? Seuffert not. 17. Puchta a. a. O. vgl. not. e.; inwiefern wegen des Rechts eines Dritten diese zulässig sey? vgl. L. 31. §. 1. D. h. t. . . Latro spolia, quae mihi abstulit, posuit apud Seium inscium de malitia deponentis: utrum latroni an mihi Seius restituere debeat? . . . si totius rei aequitatem (intuemur), . . . mihi reddenda sunt, cui facto scelestissimo ademta sunt. . . . Quodsi ego ad petenda ea non veniam, nihilominus ei restituenda sunt, qui deposuit, quamvis male quaesita deposuit; quod et Marcellus in praedone et fure scribit.

3 Ueber die Rückerstattung, wenn Mehrere Deponenten oder Erben eines Deponenten sind: L. 1. §. 36. 44. L. 14. pr. D. h. t. vgl. §. 216. not. c.

[c] L. 1. §. 12. 13. D. h. t. cf. L. 1. §. 5. 41. eod. [d] L. 1. §. 39. eod. [e] L. 15. 31. §. 1. eod. L. 45. D. de R. J. [f] L. 11. Cod. h. t. §. 266. not. a. [g] L. 1. §. 6. 7. 16. 20 . . . 22. 35. L. 32. D. h. t. (§. 250.). [h] L. 16. D. h. t. [i] L. 1. §. 47. L. 2. 4. eod. [k] L. 1. §. 43. eod. [l] L. 9. 10. eod. [m] L. 5. pr. L. 23. D. h. t.

§. 286.

β) Unregelmäßiges Depositum.

Der Depositar erhält regelmäßig weder das Eigenthum der hinterlegten Sache, noch die Befugniß, sie zu gebrauchen oder zu verbrauchen [a]. Indessen können vertretbare Sachen auch in der Weise hinterlegt werden, daß der Empfänger nur dieselbe Summe oder Quantität zurückzugeben schuldig seyn soll, und dies wird als stillschweigend verabredet angenommen, wenn eine Summe Geldes unverschlossen hinterlegt wird [b]. Alsdann geht das Eigenthum des Empfangenen, wie beim Darlehen, auf den Empfänger über, das Geschäft wird aber übrigens der Absicht der Contrahenten gemäß wie ein Depositum (sog. depositum irregulare) behandelt [c]. Wenn dagegen bei einem regelmäßigen Depositum vertretbarer Sachen dem Empfänger erst nachher oder auch im voraus, falls er dies in Zukunft wünsche, die Erlaubniß ertheilt wird, das Empfangene zu verbrauchen, so geht im ersten Fall sofort durch die Einwilligung, im andern durch den wirklichen Gebrauch das Depositum in ein Darlehen über [d].

Anm. 1 Vgl. überhaupt Vang. III. §. 630. Schmid im civ. Arch. XXX. 3. Brinz I. S. 439. fg.

2 Auch Zinsen zu vergüten kann der Empfänger, abgesehen vom Verzug, durch besondere Zusage verbindlich werden. L. 24. in f. L. 26. §. 1. in f. D. l. c. Vgl. L. 29. §. 1. eod. Si *ex permissu* meo deposita pecunia is, penes quem deposita est, utatur, ut in ceteris bonae fidei iudiciis, usuras eius nomine praestare mihi cogitur. Zu verbessern *impermissu?* Huschke in Linde's Ztschr. n. F. II. S. 151. Dagegen Vang. III. S. 435.

§. 287.

γ) Sequestration.

Die Bewahrung eines Gegenstandes kann von Mehreren gemeinschaftlich einem Dritten zu dem Zwecke anvertraut werden, um streitige oder zur Zeit noch nicht auszuführende Rechtsansprüche in Ansehung desselben sicher zu stellen. Eine Hinterlegung dieser Art ist Sequestration [a], sog. sequestratio voluntaria [b]; der Ueber=

[a] L. 29. D. h. t. L. 3. 4. Cod. eod. [b] L. 31. D. locati. 19. 2. [c] L. 24. 25. §. 1. L. 26. §. 1. L. 28. D. h. t. [d] L. 9. §. 9. L. 10. D. de reb. cred. 12. 1. L. 34. pr. D. mand. 17. 1.

[a] L. 6. 17. D. h. t. 16. 3. [b] cf. L. 22. §. 8. D. sol. matr. 24. 3. §. 93. not. n.

nehmer heißt Sequester [c], welchem durch besondere Bestimmung auch der juristische Besitz übertragen werden kann [d]. Die Klage gegen denselben auf Herausgabe des anvertrauten Gegenstandes heißt depositi sequestraria actio [e]. Wann diese stattfinde und wem sie zustehe, bestimmt sich nach dem Anlaß der Sequestration und dem Grunde ihrer Aufhebung [f]. Ist sie durch einen Rechtstreit über den Gegenstand veranlaßt, so steht die Klage (in solidum) der siegenden Partei zu [g]. Uebrigens kann das Geschäft mit dem Sequester auch die Natur eines andern Vertrages, z. B. der Miethe oder des Mandats, an sich tragen [h].

Anm. L. 110. D. de V. S. Sequester est, apud quem plures eandem rem, de qua controversia est, deposuerunt, dictus ab eo, quod occurrenti aut quasi sequenti eos, qui contendunt, committitur. L. 6. D. h. t. Proprie autem in sequestre est depositum, quod a pluribus in solidum certa conditione custodiendum reddendumque traditur. Vgl. Muther, die Sequestration. S. 25. fg., insbesondere über den Besitz des Sequester. S. 226. fg.

§. 288.

c) Pfandvertrag.

Der Pfandvertrag wird geschlossen durch Uebergabe einer Sache an einen Gläubiger, damit ihm dieselbe als Pfand (pignus, Faustpfand) für Befriedigung der Forderung Sicherheit gebe [a]. Der Empfänger wird dadurch dem Pfandgeber, dieser sey Eigenthümer oder nicht [b], verpflichtet, dieselbe Sache nebst allem Zuwachs zurückzugeben [c] sobald er für seine Forderung anders als durch Veräußerung des Pfandes befriedigt oder aus anderem Grunde das Pfandrecht aufgehoben worden ist [d]; nach rechtmäßiger Veräußerung des Pfandes hat er nur den Mehrbetrag des Preises über seine Forderung herauszugeben [e]. Er haftet für jedes Verschulden [f]. Die Klage gegen ihn ist die pigneratitia in personam actio. Hingegen hat er contraria actio wegen Verwendungen [g] und wegen

[c] L. 110. D. de V. S. [d] L. 17. §. 1. D. h. t. L. 39. D. de poss. 41. 2. §. 135. not. k. [e] L. 5. §. 1. L. 12. §. 2. D. h. t. [f] L. 5. 6. Cod. h. t. 4. 34. L. 6. D. h. t. cf. L. 5. §. 2. eod. L. 39. D. de solut. 46. 3. [g] L. 9. §. 3. D. de dolo. 4. 3. L. 17. pr. cit. cf. L. 7. §. 2. D. qui satisd. cog. 2 8. [h] cf. L. 9. §. 3. cit. L. 22. §. 8. cit.

[a] Dig. de pigneratitia actione vel contra. 13. 7. Cod. 4. 24. [b] L. 9. §. 4. D. h. t. cf. L. 45. pr. D. de R. J. [c] L. 22. pr. §. 2. L. 40. §. 2. D. h. t. L. 1...3. Cod. h. t. cf. L. 8. D. in quib. caus. pign. 20. 2. L. 11. §. 1. D. de pign. 20. 1. [d] L. 9. §. 3...5. L. 10. 11. cf. L. 20. §. 2. 3. D. h. t. L. 10. 12. Cod. h. t. [e] L. 24. §. 2. D. eod. [f] L. 13. §. 1. L. 14. 24. §. 3. D. h. t. L. 5...8. Cod. h. t. [g] L. 8. pr. §. 1. L. 25. eod. cf. L. 22. §. 4. eod.

Benachtheiligung der Schuld des Pfandgebers [h]. Diese Klagen finden analog auch dann Anwendung, wenn ein Pfandgläubiger ohne Besitzübertragung von Seiten des Verpfänders in den Besitz der Pfandsache gekommen ist [i].

§. 289.

d) Receptum nautarum, cauponum, stabulariorum [a].

Schiffer und Wirthe, welche zufolge ihres Gewerbes Reisende mit ihren Sachen aufnehmen, haften den Aufgenommenen, gleichwie durch stillschweigenden Vertrag verpflichtet, für Restitution dieser Sachen [b], wofern nicht eigene Schuld der Aufgenommenen oder fremde Gewaltthat oder reiner Zufall den Verlust verursacht [c], oder eine ausdrückliche oder stillschweigende Uebereinkunft die Haftung ausschließt [d]. Gegen den Schiffer oder Wirth findet deßhalb eine prätorische in factum actio (de recepto) statt, unabhängig von dem sonst zwischen ihnen und dem aufgenommenen Fremden bestehenden Rechtsverhältniß [e].

Anm. 1 L. 1. pr. D. h. t. *Ait praetor: Nautae caupones stabularii, quod cuiusque salvum fore receperint, nisi restituent, in eos iudicium dabo.* Wegen der von den Leuten des Schiffers oder Wirthes verübten Beschädigungen oder Entwendungen gibt das R. R. gegen diesen auch eine Poenalklage auf das Doppelte. Dig. furti adversus nautas caupones stabularios. 47. 5. §. 3. J. de obl. quasi ex del. 4. 5.

2 Streitig ist die Anwendung des Edicts auf Fuhrleute und Posten. Vgl. Müller, über die de recepto actio in ihrer Anwendbarkeit auf die heutigen Postanstalten. Leipzig 1835. Vang. III. §. 648. Anm. 2. Seuffert §. 405. a. E.

3 Zwei scheinbar widersprechende Stellen (L. 1. §. 1. D. h. t. „*nam est in ipsorum arbitrio ne quem recipiant*“, und L. un. §. 6. D. 47. 5. „*nec repellere potest iter agentes*“) haben einen Streit über die Pflicht der Wirthe, Reisende aufzunehmen, hervorgerufen. Vgl. Madai in Linde's Ztschr. XVIII. 12. Vang. III. §. 630. Anm. 1. Die Frage ist keine civilrechtliche, sondern eine gewerbpolizeiliche.

§. 290.

e) Trödelvertrag.

Eine Verbindlichkeit zur Rückerstattung einer bestimmten Sache, aber nur alternativ, wird auch durch den Trödelvertrag (sog.

h L. 16. §. 1. L. 22. §. 3. L. 31. 32. eod. i L. 34. D. de damno inf. 39. 2. L. 5. §. 21. D. ut in poss. legat. 36. 4.

a Dig. Nautae caupones stabularii ut recepta restituant. 4. 9. b L. 1...3. pr. §. 2. D. h. t. cf. L. 6. pr. eod. c L. 3. §. 1. eod. cf. L. un. §. 6. D. furt. adv. naut. 47. 5. d L. 7. pr. eod. e L. 3. §. 1. 4. eod.

contractus aestimatorius) begründet. Dieser besteht nämlich darin, daß Jemand eine zu bestimmtem Preise geschätzte Sache zum Zweck des Verkaufes mit der Verpflichtung übernimmt, entweder diesen Preis oder die Sache selbst zurückzubringen [a]. Hat der Uebernehmer um die Besorgung des Handels nachgesucht, so wird angenommen, daß er auch die Gefahr des Zufalls trage [b]. Ein Rechtsgeschäft dieser Art kann übrigens auch die Natur eines Auftrags oder der Dienstmiethe haben; dem Geber wird aber für alle Fälle die actio aestimatoria praescriptis verbis gegeben, deren Erfolg dann im einzelnen Fall mit Rücksicht auf die besondere Natur des Geschäfts zu bestimmen ist [c].

Anm. Streitfragen über die Natur des eigentlichen Tröbelvertrages: ob dabei das Eigenthum sofort auf den Tröbler übergehe (arg. L. 3. D. locati. 19. 2.)? ob derselbe regelmäßig den Zufall trage? Puchta §. 313. Dagegen Sint. §. 117. not. 3. Vgl. überhaupt Glück XVIII. §. 1065. Chambon, Beitr. zum Obligationenrecht. Bd. 1. Jena 1851. S. 1...10. und darüber Brinz krit. Bl. Nr. 1.

4) Obligationen wegen Geschäftsführung.

a) Auftrag. Mandatum [a].

§. 291.

α) Wesen desselben.

Mandat (Auftrag, Vollmachtsvertrag) heißt der Vertrag, wodurch Jemand (mandatarius) dem Willen des andern Contrahenten (mandans, mandator) gemäß [b] ein Geschäft auszurichten ohne Ausbedingung eines Lohnes [1] sich verpflichtet [c]. Gegenstand des Mandats können nur erlaubte [d] erst vorzunehmende [e] Geschäfte seyn, bei deren Ausrichtung nicht blos der Mandatar, sondern wenigstens zugleich auch der Mandant oder ein Dritter [2] Interesse hat [f]. Der Auftrag kann auf ein bestimmtes einzelnes Geschäft oder auf eine ganze Gattung oder Reihe von Geschäften und so auch auf Besorgung aller Vermögensangelegenheiten einer Person

[a] Dig. de aestimatoria. 19. 3. [b] L. 1. §. 1. D. h. t. L. 17. §. 1. D. de praescript. verb. 19. 5. cf. L. 5. §. 3. D. commod. 13. 6. [c] L. 1. pr. L. 2. D. h. t. cf. L. 13. pr. D. de praescript. verb. 19. 5.

[a] Dig. mandati vel contra. 17. 1. Cod. 4. 35. J. de mandato. 3. 26. [b] L. 1. pr...§. 2. cf. L 6. §. 2. L. 18. 53. D. h. t. [c] L. 1. §. 4. L. 6. pr. L. 7. L. 56. §. 3. D. h. t. L. 1. in f. Cod. h. t. §. 13. J. h. t. [d] §. 7. J. h. t. L. 6. §. 3. L. 22. §. 6. D. h. t. [e] L. 12. §. 14. eod. [f] §. 1...7. J. h. t. L. 2. pr. §. 1...6. L. 6. . . 4. 5. L. 8. §. 6. D. h. t.

(§. 77.) gerichtet, er darf nur nicht ganz unbestimmt seyn [g]. Wirkung des Mandats ist theils die Begründung einer Stellvertretung des Mandanten mit deren rechtlichen Folgen, in welcher Beziehung eben dasselbe Vollmacht heißt (§. 77. 246...248.), theils die Entstehung einer Obligatio zwischen dem Mandanten und Mandatar, aus welcher für jenen die actio mandati directa, für diesen contraria actio hervorgehen kann; von der letzten Wirkung ist hier die Rede.

Anm. 1 Unentgeltlichkeit des Mandats: L. 1. §. 4. h. t. Mandatum nisi gratuitum nullum est; denn: §. 13. J. h. t. „mercede constituta incipit locatio et conductio esse". Jedoch: L. 6. pr. h. t. Si remunerandi gratia honor intervenit, erit mandati actio; und L. 1. Cod. h. t. De salario autem, quod promisit, apud praesidem provinciae cognitio praebebitur.

2 L. 2. pr. h. t. Mandatum inter nos contrahitur sive mea tantum gratia tibi mandem, sive aliena tantum, sive mea et aliena, sive mea et tua, sive tua et aliena; quodsi tua tantum gratia tibi mandem, supervacuum est mandatum, et ob id nulla ex eo actio nascitur. §. 6. . . . Cuius generis mandatum magis consilium est, quam mandatum, et ob id non est obligatorium, quia nemo ex consilio obligatur, etiamsi non expediat ei, cui dabatur; quia liberum est cuique, explorare, an expediat sibi consilium. Doch kann auch ein solcher Rath aus besondern Gründen verantwortlich machen: vgl. a) L. 12. §. 13. D. h. t. „. . . si . . . *periculo meo crede*, dicat, *bene credis:* arbitror, locum esse mandato et mandati eum teneri". L. 6. §. 5. L. 32. eod. b) L. 47. pr. D. de R. J. Consilii non fraudulenti nulla obligatio est; ceterum si dolus et calliditas intercessit, de dolo actio competit. L. 7. §. 10. L. 8. D. de dolo. 4. 3. — Ein Grund dafür kann zudem auch in der durch ein Amt oder ein ähnliches Verhältniß begründeten Pflicht, guten Rath zu ertheilen, liegen. Vang. III. §. 659. Seuffert §. 335. a. E.

§. 292.

β) Verbindlichkeiten des Mandatars.

Der Mandatar ist verpflichtet 1) den übernommenen Auftrag genau und sorgfältig zu erfüllen, mit Rücksicht auf die ihm gegebenen Anweisungen, und außerdem so, wie es der Natur des aufgetragenen Geschäfts und dem Vortheil oder muthmaßlichen Willen des Mandanten am besten entspricht [a], sodann 2) alles dasjenige, was ihm durch das aufgetragene Geschäft zugekommen ist, worüber er Rechnung zu legen hat, dem Mandanten zu erstatten, daher

[g] L. 48. §. 2. eod.
[a] L. 5. 46. D. h. t.

auch die aus diesem Anlaß erworbenen Klagen gegen Dritte demselben abzutreten [b], und 3) für den durch seine Schuld (dolus oder culpa) verursachten Schaden Ersatz zu leisten [c]. Hat er die Ausführung des Geschäfts ganz oder theilweise einem Andern (einem Substituten) übertragen, so haftet er für dessen Verschulden nur, sofern ihm selbst in Anstellung des Substituten ein Versehen zur Last fällt, muß jedoch jedenfalls wenigstens seine Klage gegen den letzten abtreten [d]; in Schuld aber ist er und haftet daher für jeden daraus entstehenden Nachtheil, wenn er gegen ausdrückliches Verbot oder der Natur des Auftrags zuwider die Substitution vorgenommen hat. Ist Mehreren dasselbe aufgetragen, so haftet jeder einzelne für's Ganze [e].

§. 293.

γ) Verbindlichkeiten des Mandanten.

Der Mandant kann andererseits durch Gegenklage des Mandatars angehalten werden 1) diesem den zur Erfüllung des Auftrags angemessener Weise gemachten Aufwand zu erstatten [a], und daher auch die ihm durch Verwendung eigenen Geldes entgangenen Zinsen zu vergüten [b], sowie auch die von demselben aus Anlaß des Auftrags eingegangenen Verbindlichkeiten zu übernehmen [c]; 2) für jeden durch sein Verschulden demselben verursachten Schaden Ersatz zu leisten [d]. Hat der Mandatar die Gränzen des Auftrags überschritten, so kann er die Anerkennung des Geschäftes von Seiten des Mandanten nur insofern verlangen, als er den Nachtheil der Ueberschreitung für diesen beseitigt [e]. Haben mehrere gemeinschaftlich den Auftrag ertheilt, so findet gegen jeden von ihnen die Klage auf das Ganze statt [f].

§. 294.

δ) Aufhebung des Mandats.

Das Mandatsverhältniß hört auf 1) durch Beendigung des aufgetragenen Geschäftes, sowie durch Ablauf der Zeit, auf welche

[b] L. 8. §. 9. L. 10. §. 2. 3. 8. L. 20. pr. eod. L. 46. §. 4. D. de procurat. 3. 3. vgl. §. 246. 255. [c] L. 11. 13. 21. Cod. h. t. cf. L. 8. §. 8. L. 10. L. 29. D. h. t. [d] L. 8. §. 3. eod. cf. L. 21. §. 3. L. 28. D. de neg. gest. 3. 5. L. 10. in f. L. 11. D. commod. 13. 6. L. 2. §. 1. D. si mensor. 11. 6. [e] L. 60. §. 2. D. h. t.

[a] L. 10. §. 9. cf. L. 27. §. 4. L. 56. §. 4. D. h. t. L. 4. Cod. h. t. [b] L. 12. §. 9. D. eod. [c] L. 45. eod. [d] L. 26. §. 6. 7. eod. [e] L. 3. §. 2. L. 4. 41. eod. §. 8. J. h. t. [f] L. 12. §. 7. L. 59. §. 3. D. eod.

etwa die Vollmacht beschränkt war, 2) durch Widerruf oder auch stillschweigend erklärte Zurücknahme des Auftrags von Seiten des Mandanten [a], oder Aufkündigung (renuntiatio) von Seiten des Mandatars [b], 3) durch den Tod des Mandanten oder des Mandatars [c], sofern nicht der Auftrag auf etwas erst nach dem Tode des Mandanten zu Vollziehendes gerichtet ist [d]. Jedoch kann der Widerruf [e], wie die Aufkündigung, die letzte namentlich wegen Unzeitigkeit, sofern nicht auch diese entschuldigt ist [f], selbst noch die Mandatsklage rücksichtlich eines dadurch verursachten Nachtheils begründen. Auch kann diese wegen der erst nach dem Tode des Mandanten aus Unkunde desselben oder in Folge des vorher Geschehenen vorgenommenen Handlungen noch stattfinden [g]. In keinem Falle aber werden durch solche Auflösung des Mandatsverhältnisses die bisher aus demselben entstandenen Rechtsansprüche aufgehoben [h].

Anm. Zu not. d. g. vgl. Dietzel in Linde's Ztschr. n. F. XIII. 13.

§. 295.

ε) Besondere Arten des Mandats.

Als solche sind hervorzuheben 1) das sog. mandatum qualificatum (§. 352.), d. i. der Auftrag, einem Dritten Credit zu geben, worin eine Art von Bürgschaft liegt [a], 2) die Cession (§. 254.), 3) die Assignation, d. i. der Auftrag des einen (Assignanten) an den andern (Assignatar), von einem Dritten (dem Assignaten) sich eine Summe auszahlen zu lassen, womit sich zugleich der Auftrag für den letzten, diese Zahlung zu leisten (Zahlungsmandat), verbindet. Der Assignat kann Schuldner des Assignanten, dieser Schuldner des Assignatars seyn, und so die Assignation dazu dienen, die Bezahlung des letzten herbeizuführen;

[a] L. 12. §. 16. L. 15. D. h. t. cf. L. 31. §. 2. D. de procurat. 3. 3. L. 3. Cod. h. t. [b] L. 22. §. 11. L. 27. §. 2. D. h. t. [c] L. 26. pr. L. 27. §. 3. L. 57. eod. [d] L. 12. §. 17. L. 13. 27. §. 1. eod. cf. L. 108. D. de solut. 46. 3. JRA. §. 99. [e] L. 15. D. h. t. cf. L. 12. §. 2. L. 34. §. 3. D. de solut. 46. 3. [f] §. 9. 11. J. h. t. L. 22. §. 11. L. 23...25. L. 27. §. 2. eod. [g] §. 10. J. h. t. L. 15. Cod. h. t. L. 26. pr. §. 1. L. 58. pr. D. h. t. L. 14. pr. eod. cf. L. 27. §. 3. eod. L. 33. D. de poss. 41. 2. — L. 12. §. 2. L. 34. §. 3. D. de solut. 46. 3. cf. L. 41. D. de reb. cred. 12. 1. [h] L. 58. pr. D. h. t.

[a] L. 6. §. 4. L. 12. §. 14. D. h. t.

wesentlich ist dieses nicht [b]. Der eine wie der andere in der Assignation enthaltene Auftrag kann, so lange die Zahlung nicht geleistet ist [c], widerrufen (contremandirt), wie andererseits gekündigt werden; daher „Anweisung ist keine Zahlung." Hat jedoch der Assignat zu der Zeit, da er dem Auftrag gemäß Zahlung leisten konnte, anstatt dessen mit dem Assignatar auf andere Weise sich abgefunden, so kann der später erfolgte Widerruf den Assignanten nicht seiner Verbindlichkeit gegen jenen entheben.

Anm. Ueber die Assignation und deren Verhältniß zur Cession und Delegation vgl. Mühlenbruch, von der Cession, §. 19. Heise und Cropp Abh. II. 13. Thöl, Handelsrecht I. §. 14 ... 32. Puchta §. 326. Vorles. II. S. 189. fg. Unger d. rechtliche Natur der Inhaberpapiere S. 73 ... 84. Seuffert's Arch. II. 42. vgl. I. 345. (Unwirksamkeit einer zur Berichtigung von Spielschulden ertheilten Anweisung.)

§. 296.

b) Geschäftsführung kraft öffentlichen Auftrags. Cura bonorum.

In manchen Fällen wird unter obrigkeitlicher Mitwirkung und Aufsicht eine Verwaltung gewisser Güter angeordnet, ein curator bonorum bestellt; so beim Concurse der Gläubiger (§. 226.), oder im Fall längerer Abwesenheit einer Person, cura bonorum absentis [a], und aus verschiedenen Gründen bezüglich einer Erbschaft, cura hereditatis iacentis [b], ventris nomine [c], ex Carboniano edicto [d]. Ein solcher Curator, verschieden von den einer Person gesetzten Vormündern, hat wesentlich nur für Erhaltung der anvertrauten Güter (custodia bonorum) zu sorgen; er hat daher nicht die Befugniß der Veräußerung, sofern sie nicht durch den Zweck seiner Bestellung geboten ist [e]; übrigens ist sein Verhältniß nach Analogie der Vormundschaft zu beurtheilen. Ein ähnliches Verhältniß kann auch durch richterliche Sequestration (§. 93. not. n.) entstehen, sofern dem Sequester zugleich Verwaltung aufgetragen ist. Auch bei öffentlichen Beamten und Geschäftsführern juristischer Personen kommt ein dem Mandat ähnliches Verhältniß vor.

[b] L. 34. pr. D. h. t. cf. L. 3. §. 12. D. de don. int. v. et u. 24. 1. [c] L. 106. 108. D. de solut. 46. 3.

[a] L. 22. §. 1. D. de bon. auct. iud. poss. 42. 5. L. 1. §. 4. D. de munerib. 50. 4. L. 3. Cod. de postlimin. 8. 51. [b] L. 1. §. 4. cit. in f. [c] L. 1. §. 17. D. de ventre in poss. mitt. 37. 9. [d] L. 5. §. 1. D. de Carb. ed. 37. 10. [e] L. 1. §. 4. cit. L. 48. D. de admin. 26. 7. vgl. §. 226.

§. 297.

c) Geschäftsführung ohne Auftrag. Negotiorum gestio [a].

Wenn Jemand ohne Auftrag oder ohne ein gültiges Mandat [b], sey es auch in irrthümlicher Voraussetzung eines solchen [c], Geschäfte eines Andern besorgt [d], so ist er, als negotiorum gestor, dem letzten, d. i. dem dominus negotiorum, quasi ex contractu [e], analog dem Mandatar, verpflichtet [f], und findet dieserhalb actio negotiorum gestorum directa gegen denselben statt. Er haftet für jede Fahrlässigkeit [g], auch wegen verschuldeter Nichtvollendung der einmal übernommenen Geschäfte und Versäumung dessen, was damit in wesentlichem Zusammenhange steht [h], selbst für zufälligen Nachtheil, sofern er etwas Neues gegen die Weise des Geschäftsherrn begonnen hat [i], nur für grobes Verschulden dagegen, wenn er sich der Güter des Andern unter solchen Umständen angenommen hat, daß sie ohne seine Dazwischenkunft für diesen verloren gewesen wären [k]. War er nicht fähig, sich wirksam zu verpflichten, so hat er nur die erhaltene Bereicherung herauszugeben [l].

Anm. 1 Donelli comment. lib. XV. cap. 15...17. Chambon, Negotiorum Gestio. Leipzig 1848. Dankwardt, d. neg. gestio. Rostock 1855. Köllner Grundzüge d. L. v. d. negotiorum gestio. Göttingen 1856. (Vgl. Heidelb. krit. Ztschr. IV. S. 227. fg. Schletter's Jahrb. III. S. 256.)

2 Eine negotiorum gestio kann mit einem Mandat zusammentreffen; wer im Auftrag eines Andern Geschäfte eines Dritten besorgt, kann als negotiorum gestor im Verhältniß zu diesem und zugleich als Mandatar im Verhältniß zu jenem angesehen werden; L. 3. §. 11. L. 28. cf. L. 46. §. 1. D. h. t. L. 14. Cod. h. t.; der Mandant aber ist durch den Auftrag negotiorum gestor des Dritten. L. 21. §. 3. D. h. t.

§. 298.

Der Geschäftsführer kann andererseits ähnliche Ansprüche, wie der Mandatar, gegen den Geschäftsherrn erlangen und durch contraria negotiorum gestorum actio [a] geltend machen, namentlich auf Erstattung des im Interesse des letzten gemachten Aufwandes und auf Befreiung von eingegangenen Verbindlichkeiten [b]. Zur

[a] Dig. de negotiis gestis. 3. 5. Cod. 2. 19. [b] L. 19. §. 2. L. 36. D. h. t. [c] L. 5. pr. eod. [d] L. 6. §. 2. 3. 4. eod. cf. L. 5. §. 1. L 6. §. 8. L. 45. §. 2. eod. [e] §. 1. J. de obl. quasi ex contr. 3. 27. L. 5. pr. D. de O. et A. 44. 7. [f] L. 2. L. 8. §. 1. eod. §. 292. not. b. [g] §. 1. J. cit. L. 20. Cod. h. t. cf. L. 22. eod. §. 250. [h] L. 3. §. L. 5. 31. §. 2. D. h. t. cf. L. 20. Cod. cit. L. 6. §. 12. L. 38. D. h. t. L. 31. §. 3. eod. L. 13. §. 1. D. de usuris. 22. 1. §. 207. Anm. 2. c. vgl. §. 208. Anm. 2. d. [i] L. 11. eod. [k] L. 3. §. 9. eod. [l] L 3. §. 4. eod.

[a] §. 1. J. l. c. §. 293. not. a...c. [b] L. 2. 19. §. 4. L. 45. pr. D. h. t. L. 3. 10. 15. 18. Cod. h. t.

Begründung solcher Ansprüche ist erforderlich: 1) daß der Geschäftsführer mit Sorgfalt und verständiger Erwägung [c], dem wirklichen Interesse des Geschäftsherrn gemäß [d], nicht dem ausdrücklich erklärten [e] oder sonst erkennbaren Willen [f] desselben zuwider, gehandelt hat, so daß nach allen Umständen anzunehmen ist, dieser würde, falls er seinen Willen kund zu geben Gelegenheit gehabt hätte, solche Art der Stellvertretung gebilligt haben; alsdann schadet es dem Geschäftsführer nicht, wenn der Erfolg seiner Verwendungen ohne seine Schuld später wieder vereitelt ist [g]; 2) daß der Geschäftsführer für einen Andern, wenn auch nicht für einen bestimmten Andern, zu handeln den Willen gehabt hat [h], nicht blos zur Erfüllung einer Verpflichtung [i], oder aus Freigebigkeit [k], oder seines eigenen Vortheils wegen [l].

Durch Genehmigung wird die Geschäftsführung für den Geschäftsherrn in gleicher Art wirksam, als wenn sie ursprünglich seinem Auftrage gemäß geschehen wäre [m].

Anm. [1] Ueber die Erfordernisse des negotium utiliter gestum vgl. Kritz, Pandectenrecht I. S. 348. fg. Wächter im civ. Arch. XX. S. 337. fg. Chambon a. a. O. S. 62. fg. Ruhstrat im civ. Arch. XXXII. 7. XXXIII. 2. 9. XXXIV. 3. Dankwardt S. 28. fg. Leist, das erlaubte ungerufene Eingreifen in fremde Vermögensangelegenheiten. Jena 1855. S. 112. fg. (Darüber Dankwardt und Stintzing in der Heidelb. krit. Ztschr. III. S. 155. fg.) sodann wieder Ruhstrat z. Lehre v. d. negotiorum gestio. Oldenburg 1858. (Darüber Arndts in Haimerl's Vierteljahrsschr. I. Litt. S. 41. fg.)

[2] In den Fällen der not. e. i. k. hat der Geschäftsführer auch nicht einmal Anspruch auf Ersatz, soweit der Gegner bereichert ist. cf. L. 2. Cod. h. t. Streitig ist, wiefern ein solcher Anspruch in Fällen der not. l. stattfinde? Hat Jemand wissentlich, aber sui lucri causa fremde Geschäfte besorgt, so wird ihm eine Klage auf Ersatz der Bereicherung gegeben. L. 6. §. 3. h. t. Hat er irrthümlich fremde Geschäfte als die seinigen besorgt, so wird ihm dieserhalb nur ein Retentionsrecht beigelegt in L. 14. §. 1. L. 29. pr. D. comm. div. vgl. §. 152. Anm. 4. c., aber in L. 49. D. h. t. L. 50. §. 1. D. de her. pet. 5. 3. auch eine Klage gegeben. Ueber die Erklärung dieser Stellen vgl. Vang. III. §. 664. Chambon a. a. O. S. 138. fg. Ruhstrat im civ. Arch. XXXIV. S. 68. fg. Stintzing a. a. O. S. 169. Großkopf z. Lehre vom Retentionsrechte S. 119. fg. vgl. §. 248.

[c] L. 25. D. h. t. [d] L. 10. in f. L. 27. pr. eod. L. 3. §. 4. D. de in rem verso. 15. 3. L. 23. D. h. t. L. 2. Cod. eod. [e] L. 8. §. 3. D. eod. L. 24. Cod. h. t. cf. L. 40. D. mand. 17. 1. L. 14. §. 13. D. de relig. 11. 7. [f] L. 11. D. h. t. L. 3. §. 4. D. de in rem verso. 15. 4. cf. L. 3. §. 8. L. 5. pr. §. 2. eod. [g] L. 10. §. 1. L. 12. §. 2. L. 22. D. h. t. [h] L. 14. §. 1. D. comm. div. 10. 3. L. 5. §. 1. L. 6. §. 8. 10. 11. L. 22. D. h. t. [i] arg. L. 5. Cod. h. t. [k] L. 11...13. 15. Cod. h. t. L. 27. §. 1. L. 34. 44. D. h. t. [l] L. 6. §. 3. D. h. t. L. 49. eod. [m] L. 9. D. h. t. L. 6. §. 9...11. eod. cf. L. 60. D. de R. J. (§. 78.).

Anm. 3. a. E. — In Betreff unnützer Verwendungen (impensae voluptariae) hat der negotiorum gestor nur ein ius tollendi. L. 3. §. 4. D. de in rem verso. 15. 4. L. 27. pr. D. h. t. Vgl. noch H. Witte a. a. O. S. 9. fg.

[3] Gegen den unmündigen Geschäftsherrn geht die actio negot. gest. contraria immer nur auf Ersatz, in quantum locupletior factus est. L. 6. pr. L. 37. pr. D. h. t. L. 2. Cod. h. t.

[2] In Betreff des Einflusses der Genehmigung scheinen sich zu widerstreiten: a) L. 9. D. h. t. (Scaevola lib. I. quaest.) Pomponius scribit, si negotium a te quamvis male gestum probavero, negotiorum tamen gestorum te mihi non teneri. Videndum ergo, ne in dubio, hoc an ratum habeam, actio negotiorum gestorum pendeat; nam quomodo, quum semel coeperit, nuda voluntate tolletur? Sed superius ita verum se putare, si dolus malus a te absit. Scaevola: imo puto, etsi comprobem, adhuc negotiorum gestorum actionem esse, sed eo dictum, te mihi non teneri, quod reprobare non possim semel probatum, et quemadmodum, quod utiliter gestum est, necesse est apud iudicem pro rato haberi, ita omne quod ab ipso probatum est. Ceterum si, ubi probavi, non est negotiorum actio, quid fiet, si a debitore meo exegerit, et probaverim? quemadmodum recipiam? item si vendiderit? ipse denique, si quid impendit, quemadmodum recipiet? Nam utique mandatum non est. Erit igitur et post ratihabitionem negotiorum gestorum actio. b) L. 60. D. de R. J. Semper qui non prohibet pro se intervenire, mandare creditur. Sed et si quid ratum habuerit, quod gestum est, obstringitur mandati actione. Vgl. darüber Vang. §. 664. Anm. III. Chambon S. 55. fg. Ruhstrat XXXIII. S. 234. fg. Leist a. a. O. S. 143. fg. Stintzing a. a. O. S. 174. Wäre vielleicht in L. 60. zu lesen: *obstringitur ut* (d. i. *velut*) *mandati actione?* Dagegen Leist S. 146.

§. 299.

Für einige Fälle der Geschäftsführung gibt es besondere Klagen, die rücksichtlich ihrer Voraussetzungen von der actio negotiorum gestorum abweichen.

1) Wer die einem Andern obliegende Beerdigung eines Verstorbenen besorgt hat, kann mit der actio funeraria gegen den Verpflichteten Ersatz der angemessenen Verwendungen erlangen, wenn gleich er in der Meinung, selbst verpflichtet zu seyn, oder, jedoch aus gutem Grunde, selbst gegen Verbot des Verpflichteten gehandelt hat [a].

2) Diejenigen, welche in den Besitz von Gütern eines Andern eingewiesen sind, können wegen deren Verwaltung mit einer actio in factum, analog der actio negotiorum gestorum, belangt

[a] L. 12. §. 2. et sqq. D. de religiosis et sumtibus funerum 11. 7. Cod. 3. 44.

werden, beziehungsweise ihre Gegenansprüche geltend machen, haften jedoch nur für dolus und lata culpa [b].

Anm. Zur Beerdigung verpflichtet ist a) derjenige, dem etwas unter dieser Bestimmung hinterlassen ist, sodann b) der Erbe, L. 12. §. 4. L. 14. §. 1. L. 17. D. h. t., und neben ihm c) nach dem Tode einer Ehefrau derjenige, welchem deren Dos zufällt, nach Verhältniß ihres Betrages zum Betrag der Erbschaft, L. 16...20. 22...27. 29. 30. eod., d) wer die väterliche Gewalt über den Verstorbenen hatte, L. 21. 28. eod., endlich e) in subsidium der Ehemann, soweit er es ohne Schmälerung seines Lebensbedarfes vermag, L. 28. eod. vgl. §. 225. Anm. 3. a. E. Das Maß des Aufwandes bestimmt sich nach Stand und Vermögen des Verstorbenen, beziehungsweise des Verpflichteten. L. 12. §. 5. L. 14. §. 6. L. 21. 28. D. l. c.

B. Wesentlich gegenseitige Schuldverhältnisse.

1) Der Kaufvertrag [a].

a) Voraussetzungen [b].

§. 300.

α) Begriff und Gegenstand.

Der Kaufvertrag (emtio venditio) [1] besteht darin, daß der eine (venditor) sich verbindlich macht, dem andern einen gewissen Vermögensgegenstand zu gewähren, dieser (emtor) dafür einen Geldpreis als Gegenleistung verspricht. Wesentlich ist also 1) einerseits ein in Geld [2] bestimmter Preis [c], wenn auch in Verbindung mit einer Nebenleistung anderer Art [d]; jedoch kann auch die Festsetzung des Preises von einem noch ungewissen oder unbekannten Umstande abhängig gemacht [e], insbesondere in das Ermessen eines bestimmten Dritten gestellt seyn, wodurch dann der Kauf bedingt wird [f], ja auch unbestimmt in das billige Ermessen eines unparteiischen Sachverständigen (arbitratus boni viri [g]), und in diesem Sinn, wenn nicht nach römischem [h], doch nach heutigem Recht

[b] L. 9. 14. §. 1. D. de reb. auct. iud. poss. 42. 5. L. 15. §. 14. D. de damno infecto. 39. 2. §. 93. not. k...m.

[a] J. de emtione et venditione. 3. 23. cf. X. de emtione et venditione 3. 17.
[b] Dig. de contrahenda emtione et de pactis inter emtorem et venditorem compositis et quae res venire non possunt. 18. 1. Cod. de contrahenda emtione et venditione. 4. 38. [c] L. 1. pr. §. 1. L. 72. pr. D. h. t. L. 1. D. de permutat. 19. 4. §. 2. J. h. t. cf. L. 9. Cod. de rescind. vend. 4. 44. [d] L 6. §. 1. D. de act. emti. 19. 1. cf. L. 21. §. 4. eod. L. 79. D. h. t. [e] L. 7. §. 1. 2. L. 37. eod. [f] L. ult. Cod. h. t. 4. 38. §. 1. J. h. t. cf. §. 1. J. de loc. et cond. 3. 24. Gai. III. 140. L. 75. 77. 79. D. pro soc. 17. 2. [g] cf. L. 25. pr. D. loc. 19. 2. L. 16. §. ult. D. de pign. 20. 1. [h] cf. L. 35. §. 1. D. h. t. 18. 1. L. 13. Cod. h. t. 4. 38. L. 22. §. 1. D. de R. J. L. ult. Cod. h. t.

selbst in das Ermessen eines der Contrahenten[3]; 2) andererseits ein Kaufgegenstand, welcher nicht blos eine Sache seyn kann, sondern auch jeder andere überhaupt veräußerliche Vermögensgegenstand, z. B. ein ius in re aliena[i] oder dessen Ausübung[k], eine Forderung[l], selbst das bloße Besitzrecht[m], auch ein Vermögensinbegriff[n], desgleichen eine Mehrheit[o] gleich- oder verschiedenartiger Sachen[4], endlich auch im Voraus zukünftige, z. B. erst zu verfertigende[p] und selbst[q] noch ganz ungewisse Sachen[5].

Die Sache, welche Gegenstand des Kaufes ist, kann sowohl eine fremde als eine dem Verkäufer gehörige seyn[r]. Doch ist ungültig der Kauf einer entwendeten Sache, wenn Käufer und Verkäufer darum wissen, nicht bindend für diesen, wenn bloß jener darum weiß[s]. Unwirksam ist auch, es sey denn der Käufer über die Eigenschaft der Sache im Irrthum[6], der Kauf einer res extra commercium[t], sodann einer Sache, deren Kauf oder Verkauf überhaupt oder diesen Personen gesetzlich verboten ist[u].

Anm. 1 Vgl. überhaupt Glück Erläutr. Th. 16. 17. 20. Treitschke, der Kaufcontract in besonderer Beziehung auf den Waarenhandel nach R. R. u. d. wichtigern neuern Gesetzg. Leipzig 1838. Thöl Handelsrecht §. 63...90. Rtslex. VI. S. 10...57.

2 Ausnahme in dem Falle, wenn Jemanden eine Sache feilgeboten ist? Thöl §. 63. Vang. III. §. 632. vgl. Gai. III. 141. L. 1. Cod. de permutat. 4. 64. Leist in Linde's Ztschr. XVII. S. 361. fg.

3 Man stellt häufig als Regel auf: pretium debet esse a) verum, b) certum, c) iustum. Allein vgl. zu a) L. 36. 38. D. h. t. L. 3. 9. Cod. h. t. L. ult. D. pro don. 41. 6. L. 7. §. 6. L. 52. §. 25. 26. D. de don. int. v. et u. 24. 1.; zu b) die Stellen in not. e...g. Seuffert's Arch. II. 166. VII. 26.; zu c) L. 22. §. 3. D. loc. 19. 2. In emendo et vendendo naturaliter concessum est, quod pluris sit, minoris emere, quod minoris sit, pluris vendere, et ita invicem se circumscribere. L. 16. §. 4. D. de minor. 4. 4. In pretio emtionis et venditionis naturaliter licere contrahentibus

i L. 20. D. de servitut. 8. 1. §. 188. 193. 198. 200. k L. 12. §. 2. D. de usufr. 7. 1. §. 179. not. m. l Dig. de (hereditate vel) actione vendita. 18. 4. Cod. 4. 39. §. 254. fg. m L. 34. §. 4. D. h. t. 18. 1. L. 28. D. de poss. 41. 2. §. 135. n not. h. o L. 62. §. 1. D. h. t. L. 4. §. 1. D. de peric. 18. 6. p §. 4. J. de locat. 3. 24. L. 2. §. 1. D. loc. 19. 2. L. 20. 25. D. h. t. 18. 1. q L. 8. D. h. t. §. 236. not. a. r L. 28. 34. §. 4. eod. L. 16...18. pr. L. 39. pr. L. 61. eod. L. 4. 10. Cod. h. t. 4. 38. cf. Cod. de rebus alienis non alienandis. 4. 51. de communium rerum alienatione. 4. 52. s L. 34. §. 3. D. h. t. t L. 4...6. pr. 22. 23. 34. §. 1. in f. D. h. t. 18. 1. L. 8. §. 1. D. de relig. 11. 7. L. 1. Cod. de sep. viol. 9. 19. cf. L. 24. 62. §. 1. L. 70. D. h. t. L. 39. §. 3. D. de evict. 21. 2. §. 5. J. h. t. u L. 35. §. 2. D. h. t. cf. Cod. quae res venire non possunt et qui emere vel vendere vetantur. 4. 40. L. 62. pr. D. h. t. L. un. Cod. de contract. iud. 1. 53.

se circumvenire. Daher das Sprichwort: „beliebig theuer und wohlfeil"; jedoch vgl. unten §. 307. RPO. Tit. 19. §. 3. (Preisbestimmung für den sog. Kauf der Früchte auf dem Halm oder am Stocke: „anders und mehreres nicht, als auf den Schlag und gemeinen Kauff, was nemlich der Wein oder Treyb, zur Zeit des Contracts, oder aber vierzehn Tag die nächsten nach dem Herbst oder Ernden gelten wird.") — Uebrigens ist freilich sehr streitig: *a*) ob der Kauf mit Preisbestimmung ex arbitratu boni viri (not. g.) gültig sey? Dagegen spricht L. 25. pr. cit. Si merces promissa sit generaliter alieno arbitrio, locatio et conductio contrahi non videtur; cf. L. ult. Cod. h. t.; dafür L. 16. §. ult. cit. Potest ita fieri pignoris datio ... ut, si intra certum tempus non sit soluta pecunia, iure emtoris possideat rem iusto pretio tunc aestimandam; hoc enim casu videtur quodammodo conditionalis esse venditio; *β*) ob vollends auch einem der Contrahenten die Preisbestimmung überlassen seyn könne (not. h.)? Dagegen nach R. R. L. 35. §. 1. cit. Illud constat, imperfectum esse negotium, quum emere volenti sic venditor dicit: *quanti velis, quanti aequum putaveris, quanti aestimaveris, habebis emtum.* (cf. L. 13. cit. In vendentis vel ementis voluntatem collata conditione comparandi, quia non adstringit necessitate contrahentes, nulla obligatio est. Idcirco dominus invitus ex huiusmodi conventione rem propriam vel quilibet alius distrahere non compellitur: darüber jedoch Goldschmidt in d. Ztschr. f. Handelsrecht I. S. 278., welcher diese Stelle nur von einem bloßen Anerbieten „wenn du willst" versteht, was zu dem *conventione* nicht wohl paßt); nicht entscheidend dafür L. 22. §. 1. D. de R. J. Generaliter probandum est, ubicumque in bonae fidei iudiciis confertur in arbitrium domini vel procuratoris eius conditio, pro boni viri arbitrio hoc habendum esse. cf. L. ult. Cod. h. t. Daher Thöl a. a. O. §. 64. „Ein so unbedingtes Einverständniß mit dem Preis, den der Käufer bieten will, bindet den Verkäufer nicht." Allein anders stellt sich die Sache nach heutigem Recht (§. 232.). Vgl. Seuffert §. 322. not. 9. „Soll die Bestimmung des Preises überhaupt nach dem arbitrium boni viri geschehen oder von einem der Contrahenten ausgehen, so ist kein Kauf, sondern aliud genus contractus vorhanden, nämlich nach heutigem Recht ein vollkommen wirksames Consensualgeschäft ohne technische Bezeichnung (pactum de emtione venditione contrahenda?).

4 Der Kauf eines Inbegriffs für einen Gesammtpreis heißt emtio in aversione oder per aversionem (not. o. cf. L. 1. §. 15. D. de exerc. act. 14. 1. L. 10. §. 2. D. de lege Rhod. 14. 2.), Kauf in Bausch und Bogen, verschieden von dem gleichzeitigen Kauf mehrerer Sachen mit gesonderter Preisbestimmung.

5 Zu unterscheiden ist emtio spei oder der Hoffnungskauf, und emtio rei speratae; die letzte ist abhängig von dem Daseyn solcher Sachen, welche beim Kauf in Aussicht gestellt waren, die erste nicht. not. q.

6 L. 4. D. h. t. Et liberi hominis et loci sacri et religiosi, qui haberi non potest, emtio intelligitur, si ab ignorante emitur: L. 5. eod. „quia difficile dignosci potest liber homo a servo." — §. 5. J. h. t. Loca sacra vel religiosa, item publica, veluti forum, basilicam, frustra

quis sciens emit; quae tamen si pro profanis vel privatis deceptus a venditore emerit, habebit actionem ex emto, quod non habere ei liceat, ut consequatur, quod sua interest, deceptum non esse (L. 62. §. 1. h. t. „quod interfuit eius, ne deciperetur"). L. 70. eod. Liberi hominis emtionem contrahi posse, plerique existimaverunt, si modo inter ignorantes id fiat. Quod idem placet, etiam si venditor sciat, emtor autem ignoret. cf. L. 39. §. 3. D. 21. 2. „... qui liberum hominem sciens vel ignorans tamquam servum vendat, evictionis nomine tenetur." Es fragt sich hiernach a) ob, was vom Verkaufe einer freien Person gesagt ist, überhaupt vom Verkaufe einer res extra commercium gelte? und wenn nicht, ob b) im letzten Falle der unwissende Käufer gegen den wissenden Verkäufer Anspruch auf das ganze Interesse (id quod eius interest, rem emtam habere) oder nur auf Ersatz des durch den Betrug ihm zugefügten Schadens (id quod eius interest, se deceptum non esse) habe? In beiden Beziehungen wird, und zwar eben so auch für den Fall der Note s, die beschränkende Ansicht neuerdings vertheidigt von Mommsen Beitr. I. S. 118. fg. Windscheid in der Heidelb. krit. Ztschr. II. S. 116. fg.

§. 301.

β) Schließung des Vertrags.

Der Kauf ist geschlossen (perfecta emtio), sobald die Contrahenten über Gegenstand und Preis als gegenseitig zu gewährende Leistungen einig geworden, es sey denn der Vertrag noch von einer Bedingung abhängig gemacht [a]. Eine solche liegt darin, daß der Kauf unter Vorbehalt einer Prüfung und Billigung der Waare durch den Käufer geschlossen wird [b], in dessen Belieben so die Vollendung des Vertrags gestellt ist, zu unterscheiden von dem Falle [c], wenn die Auflösung des Vertrags später zu erklärender Mißbilligung des Käufers überlassen ist [1]. Unvollendet aber ist der Kaufvertrag auch dann, wenn der Preis nach Maß, Gewicht oder Zahl des Gegenstandes festgesetzt [d], so wie wenn der Gegenstand selbst in solcher Weise bestimmt und darnach erst aus einem Ganzen auszuscheiden ist [e], so lange bis das Zumessen, Zuwägen oder Zuzählen geschehen ist [2].

Einer besondern Form bedarf es zur Abschließung des Kaufes regelmäßig nicht [3]; ist schriftliche Abfassung verabredet, so ist der

[a] L. 9...15. D. h. t. cf. L. 7. eod. [b] L. 34. § 5. D. h. t. L. 1. pr. 4. pr. §. 1. D. de periculo. 18. 6. cf. §. 4. J. h. t. cf. L. 20. §. 1. D. de praescript. verb. 19. 5. [c] L. 3. D. h. t. 18. 1. cf. L. 6. D. de rescind. vend. 18. 5. L. 31. §. 22. D. de aed. ed. 21. 1. (§. 71. Anm 4. 5. §. 249. Anm. 1.) [d] L. 35. §. 5. 6. D. h. t. L. 1. §. 1. L. 4. §. 1. D. de peric. 18. 6. [e] L. 34. §. 5. L. 35. §. 7. D. h. t.

Regel nach (§. 232.) die Vollendung des Vertrags durch Vollendung der betreffenden Urkunde bedingt [f].

Es kann übrigens auch eine Verpflichtung zur Abschließung eines Kaufsvertrags bestehen, deren Nichterfüllung eine Klage auf Ersatz des Interesse erzeugen kann [4]. So namentlich vermöge des sog. pactum de retrovendendo, wodurch sich der Käufer einer Sache zu deren Rückverkauf an den Verkäufer, oder des pactum de retroemendo, wodurch sich der Verkäufer zum Rückkauf derselben Sache verpflichtet hat [g]. Eine beschränkte Verpflichtung dieser Art wird durch das einem Andern zustehende ius protimiseos, Vorkaufrecht, begründet, kraft dessen dieser, wenn der Verpflichtete verkaufen will, verlangen kann, daß derselbe vor andern ihm verkaufe [h].

Anm. 1 Man nennt das Geschäft, wobei die Abschließung des Kaufes von der Billigung oder dessen Auflösung von der Mißbilligung des Käufers abhängig gemacht wird, Handel nach Belieben, auf Besicht oder auf Probe, unter welchem letzten Ausdruck jedoch Manche insbesondere nur das resolutiv bedingte Geschäft dieser Art verstehen. Vgl. (Heise und) Cropp jur. Abh. I. 12. Thöl Handelsrecht §. 71. Eine neue Bearbeitung dieser Lehre gibt Goldschmidt in der Ztschr. für Handelsrt. I. S. 66...131. 262...284. Ein hieher gehöriger Fall, der in den Quellen besonders hervorgehoben, darum bisher gleichsam als Musterfall des Handels nach Belieben betrachtet worden, ist der Weinkauf unter Vorbehalt des Auskostens (degustatio), daher emtio ad gustum. Dagegen hat nun zwar Goldschmidt a. a. O. nachzuweisen versucht, daß für den Weinkauf im R. R. eigenthümliche Bestimmungen gelten, wornach er von andern Fällen des Handels nach Belieben wesentlich verschieden sey. Aber seine Ansicht, daß beim Weinkauf der Vorbehalt der degustatio, und zwar als resolutiv bedingend, sich von selbst verstehe, daß derselbe nur wegen acor und mucor den gekauften Wein „aufzuschießen" berechtige, daß die Gefahr des Untergangs sofort den Käufer treffe, scheint nach den Stellen in not. b...d nicht begründet. Uebrigens ist vom sog. Kauf auf Probe ganz verschieden der Kauf nach Probe, wobei eine gewisse Qualität der zu liefernden Waare verheißen wird (vgl. §. 304.), und der Kauf zur Probe, der juristisch nichts Eigenthümliches hat. Vgl. Heise Abh. I. 13. „vom Handel nach Probe." Hesse, über den Kauf nach vorgezeigten Proben, in Linde's Ztschr. n. F. III. 4. — Seuffert's Arch. I. 337. II. 169. III. 46. IV. 78. V. 129. 154. VI. 27. VII. 304. VIII. 51. X. 40.

2 L. 35. §. 5. D. h. t. In his, quae pondere numero mensurave constant, veluti frumento, vino, oleo, argento, modo ea servantur, quae

f pr. J. h. t. L. 17. Cod. de fide instrum. 4. 21. g L. 12. D. de praescript. verb. 19. 5. L. 2. Cod. de pact. int. emt. et vend. 44. 5. h L. 75. D. h. t. 18. 1. L. 21. §. 5. D. de act. emti. 19. 1: L. 122. §. 3. D. de V. O. 45. 1. cf. L. 7. 8. D. de in diem add. 18. 2. vgl. §. 197.

in ceteris, ut simul atque de pretio convenerit, videatur perfecta venditio, modo ut, etiamsi de pretio convenerit, non tamen aliter videatur perfecta venditio, quam si admensa, adpensa, adnumeratave sint. Nam si omne vinum vel oleum vel frumentum vel argentum, quantumcunque esset, uno pretio venierit, idem iuris est, quod in ceteris rebus. Quodsi vinum ita venierit, ut in singulas amphoras, item oleum, ut in singulas metretas, item frumentum, ut in singulos modios, item argentum, ut in singulas libras certum pretium diceretur, quaeritur, quando videatur emtio perfici? quod similiter scilicet quaeritur et de his, quae numero constant, si pro numero corporum pretium fuerit statutum. Sabinus et Cassius tunc perfici emtionem existimant, quum adnumerata, admensa adpensave sint, quia venditio quasi sub hac conditione videtur fieri, ut in singulas metretas aut in singulos modios, quos quasve admensus eris, aut in singulas libras, quas adpenderis, aut in singula corpora, quae adnumeraveris *(emtio perficiatur?)*. §. 6. Ergo et si grex venierit, si quidem universaliter uno pretio, perfecta videtur, postquam de pretio convenerit; si vero in singula corpora certo pretio, eadem erunt, quae proxime tractavimus. §. 7. Sed et si ex doliario pars vini venierit, veluti metretae centum, verissimum est, quod et constare videtur, antequam admetiatur, omne periculum ad venditorem pertinere; nec interest, unum pretium omnium centum metretarum insimul dictum sit, an in singulas eas. Vgl. Goldschmidt a. a. O. S. 80.

[3] Ueber Verkauf durch Versteigerung vgl. §. 231. Anm. 4.

[4] Unter diesen Gesichtspunkt kann man auch den Handel nach Belieben (Anm. 1.) stellen, als verpflichtendes Versprechen von einer Seite, den gegenseitigen Vertrag einzugehen, wenn der andere will; aber es wird dies in R. R. als bedingte Eingehung des gegenseitigen Vertrags selbst behandelt. Vgl. Goldschmidt a. a. O. S. 266. fg.

b) Wirkungen des Kaufvertrages.

α) Beim Kauf von Sachen.

§. 302.

aa) Im Allgemeinen.

Der Kaufvertrag erzeugt gegenseitige Verbindlichkeiten des Käufers und Verkäufers, deren Erfüllung dieser durch die actio venditi, beziehungsweise jener durch die actio emti erwirken kann [a].

1) Die Verbindlichkeit des Verkäufers besteht zunächst darin [b], daß er die verkaufte Sache dem Käufer überliefere, so daß ihm der Besitz und Genuß derselben gesichert bleibe [1]. Er hat mit der

[a] Dig. de actionibus et venditi. 19. 1. Cod. 4. 49. [b] L. 11. §. 2. L. 30. §. 1. D. h. t. cf. L. 25. §. 1. D. de contrah. emt. 18. 1.

Hauptsache auch deren Zubehör [c], und, was seit Abschluß des Kaufes als Zuwachs hinzugekommen, commodum rei [d], zu erstatten. Bis zur Ueberlieferung der Sache ist er zu aller Sorgfalt in Ansehung derselben verpflichtet [e], und haftet überhaupt wegen des Schadens, den er in Beziehung auf das Geschäft durch Dolus oder Culpa dem Käufer verursacht [f].

2) Der Käufer ist verpflichtet, den Kaufpreis zu zahlen, nebst Zinsen von der Zeit an, da ihm die Sache überliefert worden [g], auch die seit Abschluß des Kaufes vom Verkäufer auf die Sache gemachten nothwendigen und nützlichen Verwendungen zu ersetzen [h]. Diese Verbindlichkeiten hat der Käufer auch dann zu erfüllen, wenn seit dem Kaufe durch Zufall, d. i. ohne Verschulden des Verkäufers, die Sache zu Grunde gegangen oder verschlechtert oder dieser sonst außer Stand gesetzt ist, dieselbe zu überliefern [i]. Bei bedingtem Kaufe jedoch trägt der Käufer zwar die Gefahr der Verschlechterung, nicht aber auch, so lange die Bedingung schwebt, die Gefahr des Untergangs der Sache [k]. Ist nach Maß, Zahl oder Gewicht verkauft worden, so trifft den Käufer selbst die Gefahr der Verschlechterung nicht, bis die Zumessung geschehen, es sey denn diese durch seine Schuld verzögert worden [l]. Auch ergibt sich bei dem Kaufe auf Billigung oder Besicht von selbst, daß der Käufer nicht die Gefahr der Verschlechterung zu tragen braucht [m]. Er haftet übrigens ebenfalls für Dolus und Culpa [2].

Anm. [1] Ob die Absicht auf Eigenthumsübertragung ausgeschlossen sey? vgl. a) L. 16. D. de cond. causa data. 12. 4. (Celsus). Dedi tibi pecuniam, ut mihi Stichum dares; utrum id contractus genus pro portione emtionis et venditionis est, an nulla hic alia obligatio est, quam ob rem dati re non secuta? In quod proclivior sum; et ideo, si mortuus est Stichus, repetere possum quod ideo tibi dedi, ut mihi Stichum dares. (Vgl. Brinz I. S. 408. „Dazu — ideo — und nur dazu ist gegeben, der Erfolg also auch dann, wenn Stichus vorher stirbt, ein unrechter." §. 343.) b) L. 80. §. 3. D. h. t. 18. 1. Nemo potest videri eam rem vendidisse,

[c] L. 13. §. 31. L. 14...18. 38. §. 2. D. h. t. L. 47...49. D. de contrah. emt. 18. 1. (§. 54.) [d] L. 13. §. 10. 11. 13. D. h. t. L. 7. pr. D. de periculo. 18. 6. L. 16. Cod. h. t. L. 4. §. 1. D. de usur. 22. 1. L. 80. pr. D. de furt. 47. 2. (§. 253.). [e] L. 5. §. 2. D. commod. 13. 6. L. 35. §. 4. D. de contrah. emt. L. 1. §. 1. L. 3. D. de periculo. §. 3. J. h. t. [f] L. 9. 41. §. 1. D. h. t. [g] L. 11. §. 2. L. 13. §. 19...21. D. h. t. L. 5. 6. Cod. h. t. L. 18. §. 1. D. de usur. 22. 1. [h] L. 13. §. 22. D. h. t. L. 13. 16. Cod. h. t. [i] Dig. de periculo et commodo rei venditae. 18. 6. Cod. 4. 48. §. 3. J. h. t. 3. 23. [k] L. 8. D. l. c. §. 71. Anm. 2. [l] L. 5. D. l. c. L. 2. Cod. eod. L. 35. §. 7. D. de contrah. emt. §. 301. Anm. 2. [m] L. 34. §. 5. D. l. c. L. 4. pr. §. 1. D. de periculo. 18. 6.

de cuius dominio id agitur, ne ad emtorem transeat. c) L. 30. §. 1. D. h. t. 19. 1. (African.) Si sciens alienam rem ignoranti mihi vendideris, etiam priusquam evincatur, utiliter me ex emto acturum putavit in id, quanti mea intersit, meam esse factam; quamvis enim alioquin verum sit, venditorem hactenus teneri, ut rem emtori habere liceat, non etiam ut eius faciat, quia tamen dolum malum abesse praestare debeat, teneri eum, qui sciens alienam non suam ignoranti vendidit. cf. L. 9. 41. §. 1. D. de evict. 21. 2. (§. 303. Anm. 7.). d) Vat. fragm. §. 12. (Pap.) Ante pretium solutum dominii quaestione mota pretium emtor restituere non cogetur, tametsi maxime fideiussores evictionis offerantur, cum ignorans possidere coeperit. Nam usucapio frustra complebitur anticipata lite, nec oportet evictionis securitatem praestari *(praestolari?)*, cum in ipso contractus limine dominii periculum immineat. cf. L. 18. §. 1. D. de per. 18. 6. (Pap.) Ante pretium solutum dominii quaestione mota pretium emtor solvere non cogetur, *nisi* fideiussores idonei a venditore eius evictionis offerantur. L. 24. Cod. de evict. 8. 45. Nach heutigem Recht, nach welchem schon jede mala fides superveniens die Ersitzung ausschließt (§. 160.), erhalten diese Stellen consequent noch eine weitergreifende Anwendung.

2 Ueber das periculum emtoris vgl. §. 275. Anm. 1. Mommsen Beitr. I. S. 329. fg. (auch bei verabredeter Lieferungszeit? Reatz in Linde's Ztschr. n. F. XV. 11.). Im Fall des Kaufes nach Maß, Zahl oder Gewicht (not. 1.) spricht Mommsen den Käufer von dem periculum deteriorationis nur dann frei, wenn der Kaufgegenstand darnach bestimmt ist (§. 301. not. e.) und nicht „alle Gegenstände, aus denen der zu liefernde entnommen werden soll, deteriorirt sind", indem er diesen Kauf schlechthin einem bedingten gleichstellt. Beide Beschränkungen sind zu verwerfen. Vgl. §. 301. Anm. 2. und L. 2. Cod. de per. 4. 48. Quum convenit, ut singulae amphorae vini certo pretio veneant, antequam tradantur, imperfecta etiam tunc venditione, periculum vini mutati emtoris, qui moram mensurae faciendae non interposuit, non fuit. Quum autem universum, quod in horreis erat positum, venisse sine mensura et claves emtoribus traditas allegas, post perfectam venditionem, quod vino mutato damnum accidit, ad emtorem pertinet. Haec omnia locum habent non solum, si vinum, sed etiam si oleum vel frumentum vel his similia venierint et ea aut deteriora *(deteriorata)* aut penitus corrupta fuerint. Vgl. auch Windscheid a. a. O. S. 137. not. 21. Vang. III. §. 635. Gleichwohl aber: et custodiam ad diem mensurae venditor praestare debet. L. 1. §. 1. L. 2. §. 1. D. h. t. 18. 6.

§. 303.

bb) Verbindlichkeit wegen Entwährung.

Der Verkäufer ist nicht nur verpflichtet, dem Käufer die Sache zu überliefern; er haftet auch dafür, daß derselbe sie kraft des Kaufes behalten könne (ut emtori rem habere liceat); er muß ihm daher

Ersatz leisten, wenn sie ihm durch einen Andern rechtlicher Weise abgestritten (evincirt) wird [a]. Voraussetzung dieser Verbindlichkeit zur Evictionsleistung [1] ist, daß dem Käufer der Gegenstand des Kaufes [b], ganz oder zum Theil [2], im Wege rechtmäßigen gerichtlichen Verfahrens [c] vermöge eines in die Zeit des Kaufes zurückreichenden Rechtsgrundes [d] abgestritten sey [3]. Sie tritt nicht ein, wenn die Sache durch eine Verfügung der Staatsgewalt [e] oder durch Gewaltthat [f] oder durch ungerechten Richterspruch [g] dem Käufer entzogen oder ohne richterliches Urtheil abgegeben [h] oder vor der Entwährung zu Grunde gegangen ist [i], sowie auch, wenn jener durch seine Schuld den Rechtsstreit verloren [k], und insbesondere, wenn er ohne Entschuldigungsgrund es unterlassen hat, dem Verkäufer, beziehungsweise dessen Erben, von dem erhobenen Rechtsstreit zu gehöriger Zeit Kunde zu geben (litem denunciare [l]), er vermöchte denn darzuthun, daß dieses für den Erfolg unerheblich gewesen wäre [4]. Die Verbindlichkeit fällt außerdem weg, wenn der Verkauf zum Zweck des Spiels geschehen ist, um dazu dem Verkäufer Geld zu verschaffen [m], wenn die Sache als eine der Gefahr der Entwährung unterworfene [5] gekauft [n], oder die Haftung dafür durch besondere Verabredung [6] ausgeschlossen ist [o].

Der Inhalt der Leistung, welche wegen erlittener Entwährung [7] schon nach der Natur des Vertrags durch die actio emti gefordert werden kann, bestimmt sich durch das Interesse des Käufers [p], unter Berücksichtigung einerseits der Werthminderung [q], andererseits der Accessionen [r] und der Werthherhöhung der Sache, jedoch mit der Beschränkung, daß die letzte, abgesehen von den auf die Sache gemachten Verwendungen, nicht über das Doppelte des Kaufpreises berechnet werden soll [s]. Es kann aber auch für den Fall der Entwährung eine bestimmte Summe versprochen werden [8]. Alsdann kann der Verkäufer vermöge des Versprechens, wenn die ganze Sache

[a] Dig. de evictionibus et duplae stipulatione. 21. 2. Cod. de evictionibus. 8. 45. [b] L. 1. D. h. t. L. 47. eod. [c] L. 16. §. 1. L. 34. §. 1. 2. eod. [d] L. 27. 28. L. 34. pr. eod. L. 1. Cod. de periculo 4. 48. [e] L. 11. pr. D. h. t. [f] L. 17. Cod. de act. emti. 4. 49. [g] L. 51. pr. D. h. t. [h] L. 56. §. 1. eod. L. 17. Cod. h. t. [i] L. 21. pr. §. 1. D. eod. [k] L. 55. pr. L. 63. §. 2. L. 66. pr. eod. cf. L. 29. § 1. eod. L. 56. §. 3. eod. L. 8. Cod. h. t. [l] L. 53. §. 1. L. 55. §. 1. L. 56. §. 5. 6. L. 62. §. 1. D. eod. L. 8. 9. 23. Cod. eod. cf. L. 63. pr. D. eod. [m] L. 2. §. 1. D. quar. rer. actio. 44. 5. [n] L. 27. Cod. h. t. [o] L. 11. §. 8. D. de act. emti 19. 1. cf. L. 68. pr. D. h. t. [p] L. 8. 60. 67. eod. L. 6. 17. 23. Cod. h. t. [q] L. 70. D. eod. [r] L. 8. 16. pr. eod. [s] L. 43...45. §. 1. D. de act. emt. 19. 1. L. 9. Cod. h. t.

erwähnt wird, auf Zahlung dieser Summe belangt werden, wenn aber nur ein Theil der Sache entwährt wird, nur auf Zahlung des entsprechenden Theils der Summe [t], welcher bei Entwährung eines reellen Theils der Sache nach dem Verhältniß dessen Werthes zum Werthe des Ganzen zur Zeit des Kaufes zu bemessen ist [9].

Anm. [1] Eine Verbindlichkeit zur Evictionsleistung kann auch in andern Fällen vorkommen, wo eine Verbindlichkeit zur Gewährung eines Vermögensgegenstandes begründet ist, z. B. beim Tausch (§. 308.), beim Vergleich (§. 269.) rücksichtlich der zur Abfindung gegebenen Sache (L. 34. Cod. de transact. 2. 4.; streitig, ob auch der Schenker zur Evictionsleistung verpflichtet sey? vgl. L. 18. §. 3. D. de donat. 39. 5. L. 2. Cod. h. t. 8. 45. cf. Pauli sentt. V. 11. §. 5. L. 45. §. 1. 2. L. 46. D. de legat. I. L. 29. §. 3. D. de legat. III. Thibaut civ. Abh. Nr. 4. Vang. III. §. 610. Anm. 2. — Ueberhaupt vgl. Glück Bd. 20. §. 1117...1119. Eine neuere Bearbeitung dieser Lehre: K. O. Müller, die L. d. R. Rts von der Eviction, Thl. I. Halle 1851.

[2] Als ein Fall theilweiser Entwährung wird es auch angesehen, wenn gegen den Käufer der Nießbrauch an der Sache erstritten wird. L. 66. pr. D. de contrah. emt. 18. 1. L. 15. §. 1. L. 39. §. 5. L. 49. D. h. t. cf. L. 38. §. 3. D. de V. O. 45. 1. Streitig aber ist es, inwiefern auch wegen Erstreitung einer Grundbienstbarkeit an der Sache Evictionsleistung stattfinde? Vgl. a) L. 90. 126. 169. D. de V. S. L. 48. D. h. t. b) L. 1. §. 1. D. de act. emti. 19. 1. L. 69. §. 5. D. h. t. c) L. 59. D. de contrah. emt. 18. 1. L. 75. D. h. t. Quod ad servitutes praediorum attinet, si tacite secutae sunt, et vindicentur ab alio, Qu. Mucius et Sabinus existimant, venditorem ob evictionem teneri non posse; nec enim evictionis nomine quemquam teneri in eo iure, quod tacite soleat accedere, nisi, *ut optimus maximusque esset,* traditus fuerit fundus; tunc enim liberum ab omni servitute praestandum. Si vero emtor petat viam vel actum, venditorem teneri non posse, nisi nominatim dixerit, accessurum iter vel actum; tunc enim teneri eum, qui ita dixerit. d) L. 15. §. 1. D. h. t. Si ususfructus evincatur, pro bonitate fructuum aestimatio facienda est. Sed et si servus evincatur, quanti minoris ob id praedium est, lis aestimanda est. (Cuiac. obs. II. 20. emend. *Sed et si servitus. ev. etc.*) L. 61. D. de aed. ed. 21. 1. Quoties de servitute agitur, victus tantum debet praestare, quanti minoris emisset emtor, si sciisset hanc servitutem impositam. — Vang. III. §. 610. Anm. 3. Müller a. a. O. S. 185. fg. — Uebrigens kann auch die Eviction eines Erzeugnisses oder anderer Accessionen die Verbindlichkeit zur Evictionsleistung begründen. L. 8. D. h. t. Die scheinbar widersprechenden L. 42. 43. eod. erklären sich durch die strenge Natur der duplae stipulatio (Anm. 8.).

[3] Ein Evictionsanspruch kann dem Käufer entstehen sowohl wenn er als Kläger, als wenn er als Beklagter im Rechtstreit unterliegt, vorausgesetzt im

[t] L. 64. D. eod. cf. L. 1. 13. 14. 56. pr. 74. eod.

ersten Falle, daß er ohne seine Schuld in die Lage versetzt ist, klagen zu müssen; er entsteht auch dann, wenn der Käufer anstatt der Herausgabe der abgestrittenen Sache deren Geldwerth (litis aestimationem) gezahlt hat; nicht auch, wenn das die Sache aberkennende Urtheil nicht zur Vollziehung kommt. L. 16. §. 1. D. h. t. Duplae stipulatio committi dicitur tunc, quum res restituta est petitori, vel damnatus est litis aestimatione, vel possessor ab emtore conventus absolutus est. cf. L. 21. §. 2. L. 29. §. 1. D. h. t. L. 57. pr. §. 1. eod. — Die Entwährung kann übrigens nicht blos durch dingliche Klagen (auch durch die Pfandklage, L. 35. D. h. t., auch in Folge einer in int. restitutio, L. 39. pr. L. 66. §. 1. eod.), sondern auch durch persönliche Klagen herbeigeführt werden, z. B. eine Theilungsklage, L. 34. §. 1. eod., eine Noxalklage, L. 11. §. 12. D. de act. emti. 19. 1.; ob auch durch Besitzklage? L. 35. D. l. c. cf. L. 11. §. 13. eod. Vgl. Müller a. a. O. §. 17...22.

4 So die gemeine Meinung, arg. L. 53. §. 1. D. h. t. Si, quum posset emtor auctori denuntiare, non denuntiasset, idemque victus fuisset, quoniam parum instructus esset, hoc ipso videtur dolo fecisse. Weiter noch geht die Nachsicht gegen den Käufer im Fall der L. 11. §. 12. D. 19. 1 ... sive defendat noxali iudicio, sive non, quia manifestum fuit, noxium servum fuisse, nihilominus vel ex stipulatu vel ex emto agere posse.

5 Dies ist der Fall, wenn der Käufer wußte, daß die Sache eine fremde sey, er hätte sich denn ausdrücklich Evictionsleistung versprechen lassen not. n. cf. L. 7. Cod. commun. utr. iud. 3. 38. Vang. §. 610. Anm. 5. — Singuläre Bestimmungen wegen Ersatz des Kaufpreises in L. 3. §. 4. Cod. commun. de legat. 6. 43. und nov. 7. cap. 5.

6 Ein solches pactum de non praestanda evictione schließt freilich die Haftung wegen Dolus nicht aus. Dagegen ist die früher herrschende Meinung, daß dasselbe auch den redlichen Verkäufer nicht von Rückerstattung des Kaufpreises befreie (bekämpft von J. H. Böhmer, vindiciae iuridicae pacti de non praest. evict. contra communes errores, Hal. 1735; vgl. dessen Exercitat. ad pand. IV. 61. und praef.), jetzt fast allgemein aufgegeben. Glück XX. S. 300. fg. Vang. a. a. O. Anm. 4. Die entscheidende Stelle ist L. 11. §. 18. D. de act. emti. 19. 1. Qui autem *habere licere* (Hal. *h. l. promittens*) vendidit, videamus, quid debeat praestare? Et multum interesse arbitror, utrum hoc polliceatur, per se venientesque a se personas non fieri, quominus habere liceat, an vero per omnes. Nam si per se, non videtur id praestare, ne alius evincat; proinde si evicta res erit, sive stipulatio interposita est, ex stipulatu non tenebitur, sive non est interposita, ex emto non tenebitur. Sed Julianus libro 15. Digest. scribit, etiamsi aperte venditor pronuntiet, per se heredemque suum non fieri (Flor. *teneri*), quominus habere liceat, posse defendi, ex emto eum in hoc quidem non teneri, quod emtoris interest, verumtamen, ut pretium reddat, teneri. Ibidem ait, idem esse dicendum, etsi aperte in venditione comprehendatur, nihil evictionis nomine praestitum iri, pretium quidem deberi re evicta,

utilitatem non deberi: neque enim bonae fidei contractus hanc patitur conventionem (Flor. *hac patitur conventione*), ut emtor rem amitteret et pretium venditor retineret, nisi forte, inquit, sic quis omnes istas suprascriptas conventiones recipiet (Hal. *si quis . . . reciperet*), quemadmodum recipitur, ut venditor nummos accipiat, quamvis merx ad emtorem non pertineat (vielleicht *perveniat?*), veluti quum futurum iactum retis a piscatore emimus aut indaginem plagis positis a venatore vel pantheram ab aucupe; nam etiamsi nihil capit, nihilominus emtor pretium praestare necesse habebit. Sed in suprascriptis conventionibus contra erit dicendum, nisi forte sciens alienum vendit; tunc enim secundum supra a nobis relatam Juliani sententiam dicendum est, ex emto eum teneri, quia dolo fecit. (In dem letzten Satze bessert Huschke in Linde's Ztschr. n. F. IV. S. 285. *si forte* statt *nisi forte;* dagegen Vang. S. 347.).

7 Unter Umständen kann auch ohne wirkliche Entwährung ein gleicher Anspruch auf das Interesse entstehen. L. 9. 41. §. 1. D. h. t. Item si domino servi heres extiterit emtor, quoniam evinci ei non potest nec ipse sibi videtur evincere, non committitur duplae stipulatio. His igitur casibus ex emto agendum erit. — Anspruch auf das Interesse wegen wissentlichen Verkaufs einer fremden Sache: L. 30. §. 1. D. de act. emti. 19. 1.; auf Befreiung von Pfandrecht? L. 5. 24. Cod. h. t. Retention des Kaufpreises wegen drohender Eviction: L. 18. §. 1. D. de peric. 18. 6. L. 24. Cod. h. t. (§. 302. Anm. 1.) vgl. Seuffert's Arch. I. 49. 200. II. 27.

8 Bei den Römern war es gewöhnlich, sich das Doppelte des Kaufpreises versprechen zu lassen, durch stipulatio duplae, und dieses Versprechen konnte bei werthvolleren Sachen sogar von Rechtswegen verlangt werden. L. 2. 37. D. h. t. Es entstand daraus eine actio ex stipulatu, die insbesondere actio de evictione hieß, eine stricti iuris actio, in Voraussetzungen und Wirkung strenger beschränkt, als die actio ex emto. Die Sätze des R. Rts aber, welche nur aus dieser strengen Natur der Klage sich ergeben, wie diejenigen, welche auf der Gewohnheit der duplae stipulatio beruhten, sind nicht mehr praktisch. Vgl. Müller a. a. O. §. 8...13. Inwiefern übrigens bei einem solchen Versprechen doch auch die Klage auf das Interesse stattfinde, ist nach der Regel des §. 211. zu beurtheilen.

9 L. 64. D. h. t. (Papinian. lib. VII. quaest.) Ex mille iugeribus traditis ducenta flumen abstulit. Si postea pro indiviso ducenta evincantur, duplae stipulatio pro parte quinta, non quarta, praestabitur; nam, quod periit, damnum emtori, non venditori, attulit. Si totus fundus, quem flumen deminuerat, evictus sit, iure non deminuetur evictionis obligatio, non magis, quam si incuria fundus aut servus traditus deterior factus sit; nam et e contrario non augetur quantitas evictionis, si res melior fuerit effecta. §. 1. Quod si modo terrae integro, qui fuerat traditus, ducenta iugera per alluvionem accesserunt, ac postea pro indiviso pars quinta totius evicta sit, perinde pars quinta praestabitur, ac si sola ducenta de illis mille iugeribus, quae tradita sunt, fuissent evicta, quia alluvionis periculum non praestat venditor.

§. 2. Quaesitum est, si mille iugeribus traditis periissent ducenta, mox alluvio per aliam partem fundi ducenta attulisset, ac postea pro indiviso quinta pars evicta esset, pro qua parte auctor teneretur? Dixi, consequens esse superioribus, ut neque pars quinta mille iugerum neque quarta debeatur evictionis nomine, sed perinde teneatur auctor, ac si de octingentis illis residuis sola centum sexaginta fuissent evicta; nam reliqua quadraginta, quae universo fundo decesserunt, pro rata novae regionis esse intelligi. §. 3. Ceterum quum pro diviso pars aliqua fundi evincitur, tametsi certus numerus iugerum traditus sit, tamen non pro modo, sed pro bonitate regionis praestatur evictio. §. 4. Qui unum iugerum (Hal. *un. iug. commune*) pro indiviso solum habuit, tradidit; secundum omnium sententias non totum dominium transtulit, sed partem dimidiam iugeri, quemadmodum si locum certum aut fundum similiter tradidisset. Cf. L. 1. D. eod. Sive tota res evincatur, sive pars, habet regressum emtor in venditorem. Sed quum pars evincatur, si quidem pro indiviso evincatur, regressum habet pro quantitate evictae partis; quodsi certus locus sit evictus, non pro indiviso portio fundi, pro bonitate loci erit regressus. Quid enim, si quod fuit in ~~ergo~~ agro pretiosissimum, hoc evictum est, aut quod fuit in agro vilissimum? Aestimabitur loci qualitas, et sic erit regressus. Dagegen: L. 53. pr. eod. Si fundo tradito pars evincatur, si singula iugera venierint certo pretio, tunc non pro bonitate, sed quanti singula venierint, quae evicta fuerint, praestandum, etiamsi ea, quae meliora fuerint, evicta sint. Vgl. Vang. a. a. O. Anm. 1. Neustetel im civ. Arch. VII. S. 214. fg. Der letzte emendirt in L. 64. §. 4. cit.: *sec. omn. sententias, si non t. d. t., sed p. d. iugeri, est, quemadm.* etc. Dagegen Vang. Anm. 1. a. E.

§. 304.

cc) Gewähr der Mängel der Sache.

Aus der Natur des Kaufvertrages ergibt sich von selbst, daß der Verkäufer sowohl wegen des Mangels ausdrücklich oder stillschweigend versprochener Eigenschaften [a] als wegen des Vorhandenseyns absichtlich verschwiegener Fehler der Sache hafte [b]. Durch das Edict der Aedilen [c] aber ist es Rechtssatz geworden [1], daß der Verkäufer überhaupt die Mängel der Sache dem Käufer anzeigen müsse, wenn sie nicht ohnehin offenbar sind [d]. Im Fall späterer Entdeckung nicht erst später entstandener [e] und nicht unerheblicher [f]

[a] L. 6. §. 4. L. 13. §. 3. D. de act. emti. 19. 1. L. 17. §. 20. . .L. 19. §. 4. D. de aed. ed. 21. 1. cf. L. 43. pr. §. 1. D. de contrah. emt. 18. 1. [b] L. 11. §. 3. 5. L. 13. pr. §. 1. D. de act. emti. cf. L. 43. §. 2. D. de contrah. emt. L. 39. D. de act. emti. L. 14. §. 9. D. de aed. ed. 21. 1. [c] Dig. de aedilitio edicto 21. 1. Cod. de aedilitiis actionibus. 4. 58. [d] L. 14. §. 10. D. h. t. cf. L. 51. eod. [e] L. 54. eod. cf. L. 16. eod. [f] L. 1. §. 8 eod.

Mängel der Sache [g], sie mögen [h] dem Verkäufer bekannt gewesen seyn oder nicht [2], soll der Käufer die Wahl haben [i], entweder verhältnißmäßige Minderung des Kaufpreises oder auch Zurücknahme der Sache und Rückerstattung des schon gezahlten Preises mit Zinsen und Interesse zu verlangen [3]; das erste mittels der sog. Minderungsklage (actio quanti minoris, iudicium aestimatorium), das letzte durch die sog. Wandelklage (actio redhibitoria, iudicium redhibitorium); das erste intra annum utilem, das letzte nur intra sex menses utiles [k]. Ziel der letzten Klage ist für beide Theile Wiederherstellung des Zustandes vor dem Verkaufe [l], jedoch nicht mit der Wirkung einer auflösenden Bedingung [m]; aber auch die erste Klage kann denselben Erfolg haben [n], wenn der Fehler, und daher die Preisminderung sehr bedeutend ist [4]. Wegen verschiedener Fehler kann mehrmals geklagt werden, so lange Redhibition nicht stattgefunden hat [o]. Durch den Verlust der Sache [p] gehen die einmal begründeten Ansprüche nicht verloren [5].

Anm. 1 Das Edict der Aedilen bezog sich unmittelbar nur auf den Verkauf von Sklaven und Thieren; es bestimmte: a) nach L. 1. §. 1. D. h. t. *Qui mancipia vendunt, certiores faciant emtores, quid morbi vitiive cuique sit, quis fugitivus errove sit noxave solutus non sit, eademque omnia, cum ea mancipia veneunt, palam ac recte pronuntianto. Quodsi mancipium adversus ea venisset, sive adversus quod dictum promissumve fuerit, cum veniret, fuisset, quod eius (nomine) praestari oportere dicetur, emtori omnibusque, ad quos ea res pertinet, iudicium dabimus, ut id mancipium redhibeatur. Si quid autem post venditionem traditionemque deterius emtoris opera, familiae procuratorisve eius factum erit, sive quid ex eo post venditionem natum adquisitum fuerit, et si quid aliud in venditione ei accesserit, sive quid ex ea re fructus pervenerit ad emtorem, ut ea omnia restituat. Item si quas accessiones ipse praestiterit, ut recipiat. Item si quod mancipium capitalem fraudem admiserit, mortis consiscendae sibi causa quid fecerit, inve arenam depugnandi causa ad bestias intromissus fuerit, ea omnia in venditione pronuntianto; ex his enim causis iudicium dabimus. Hoc amplius, si quis adversus ea sciens dolo malo vendidisse dicetur, iudicium dabimus.* b) nach L. 38. pr. eod. *Qui iumenta vendunt, palam recte dicunto, quid in quoque eorum morbi vitiique sit, utique optime ornata vendendi causa fuerint, ita emtoribus tradentur*

[g] L. 33. eod. [h] L. 1. §. 2. eod. [i] L. 1. §. 1. L. 38. pr. D. h. t. cf. L. 23 §. 7. et sq. L. 27. 29. 31. pr. 57. 59. pr. eod. [k] L. 19. §. 6. L. 55. eod. cf. L. 48. §. 2. eod. [l] L. 23. §. 1. 7. L. 60. eod. [m] L. 43. §. 8. eod. L. 4. pr. D. quib. mod. pign. solv. 20. 6. [n] L. 43. §. 6. D. h. t. L. 25. §. 1. D. exc. rei iud. 44. 2. [o] L. 31. §. 16. L. 48. §. 7. D. h. t. cf. L. 25. §. 1. cit. [p] L. 44. §. 2. L. 47. §. 1. L. 48. pr. D. h. t.

(Hal. *traduntor*). *Si quid ita factum non erit, de ornamentis restituendis iumentisve ornamentorum nomine redhibendis in diebus sexaginta, morbi autem vitiive causa inemtis faciendis in sex mensibus, vel quanto minoris, cum venirent, fuerint, in anno iudicium dabimus. Si iumenta paria simul venierint, et alterum in ea causa fuerit, ut redhiberi debeat, iudicium dabimus, quo utrumque redhibeatur;* dazu L. 38. §. 5. eod. *Quae de iumentorum sanitate diximus, de cetero quoque pecore omni venditores faciunto.* (Ueber das Verhältniß dieses Edicts zum Civilrecht vgl. Neustetel's (und Zimmern's) Abh. Nr. 9., und dagegen Unterholzner im civ. Arch. VI. 3. S. 60. fg. Herm. Keller in Sell's Jahrb. III. S. 86. fg.) Die Hauptbestimmung desselben ist aber auch auf den Verkauf anderer, beweglicher wie unbeweglicher Sachen angewendet worden, L. 1. pr. L. 63. eod. cf. L. 33. pr. L. 49. eod. L. 4. Cod. h. t.; auch auf den Tausch, L. 19. §. 5. D. eod. L. 2. D. de permutat. 19. 4.; nicht auf die Schenkung und andere Rechtsgeschäfte, L. 62. 63. D. h. t. Ausgenommen von der Regel sind fiscalische Veräußerungen. L. 1. §. 3. eod. Vgl. überhaupt Vang. §. 609. Sint. §. 116.

2 Bestritten ist dieses bezüglich des Verkaufes lebloser Sachen von Busch im civ. Arch. XXVI. 9. Dagegen Keller a. a. O. Vang. a. a. O.

3 Die früher herrschende Ansicht unterschied sog. Hauptmängel und Nebenmängel; wegen der letzten sollte nur die Minderungsklage, nur wegen der ersten die Wandelklage stattfinden. Dagegen Feuerbach civ. Vers. Nr. 2. — Eine Beschränkung der Redhibition enthält L. 48. §. 8. D. h. t. Simplariarum venditionum causa ne sit redhibitio, in usu est. — Ueber den Einfluß der Fehlerhaftigkeit einzelner von mehrern zusammengekauften Sachen und theilweise Redhibition vgl. Gesterding in Linde's Ztschr. VI. S. 42. fg. Seuffert's Arch. IV. 24.

4 L. 25. §. 1. D. de exc. rei iud. Est in potestate emtoris, intra sex menses redhibitoria agere mallet, an ea, quae datur, quanti minoris homo, quum veniret, fuerit; nam posterior actio etiam redhibitionem continet, si tale vitium in homine est, ut eum ob id actor emturus non fuerit. Auch die actio emti auf das Interesse, z. B. wegen Dolus, kann Redhibition herbeiführen. L. 11. §. 3. D. de act. emti. Redhibitionem quoque contineri emti iudicio, et Labeo et Sabinus putant et nos probamus. Vang. a. a. O. — Ueber die Verjährung der aedilitischen Klagen: Hoffmann im Arch. für prakt. Rtsw. IV. 8.

5 Vgl. Gesterding a. a. O. S. 34. fg. Ueber den Einfluß von Verfügungen des Käufers über die Sache: Seuffert's Arch. II. 24. 170. III. 27. 28. V. 269.

6 Ohne praktische Bedeutung für uns ist a) die auf römische Gebräuche sich beziehende, auch rücksichtlich ihrer Bedeutung streitige Bestimmung des Edicts in Betreff der ornamenta (Anm. 1. b.): vgl. Vang. a. a. O. Sint. §. 116. not. 90.; b) die Bestimmung über duplae stipulatio wegen Gewähr der Mängel: L. 28. 31. §. 20. D. h. t. L. 11. §. 4. D. de act. emti. 19. 1. L. 14. Cod. eod. 4. 49. vgl. §. 303. Anm. 8.; c) die Möglichkeit einer condemnatio in duplum in Folge der redhibitoria actio, L. 45. D. h. t. vgl. §. 252.; d) die solidarische Haftung von Sklavenhändlern, L. 44. §. 1. D. h. t.

§. 305.

β) Bei andern Kaufgegenständen.

Die Verbindlichkeiten des Käufers und Verkäufers, wenn der Kauf etwas anderes als körperliche Sachen zum Gegenstande hat, sind analog nach den Regeln der §§. 302...304. zu bestimmen, so weit diese nach der besondern Natur des Gegenstandes anwendbar sind. So z. B. muß der Verkäufer eines dinglichen Rechts dem Käufer die gesicherte Ausübung dieses Rechts gewähren und wegen Abstreitung desselben nach §. 303. Ersatz leisten [a]; auch kann wegen eines Mangels der Sache der §. 304. Anwendung finden, z. B. beim Verkauf des Nießbrauches oder der Emphyteuse. Der Verkäufer einer Forderung haftet regelmäßig für wirksame Uebertragung derselben, für deren Daseyn und Klagbarkeit, nicht auch für Zahlungsfähigkeit des Schuldners [b]. Der Verkäufer eines Vermögensinbegriffs, z. B. einer Erbschaft, hat dem Käufer den gesammten Vortheil des Vermögens zu überlassen, also alle dazu gehörenden Sachen und Rechte zu übertragen, gegen Uebernahme der darauf haftenden Verbindlichkeiten [c]; er haftet auch nach §. 303., wenn dem Käufer das Vermögen als Ganzes oder ein aliquoter Theil desselben rechtlicher Weise entzogen wird [d], nicht aber auch wegen Entwährung einzelner vermeintlich, und eben so wenig wegen mangelhafter Beschaffenheit wirklich dazu gehörender Sachen, es sey denn wegen Dolus oder vermöge besondrer Zusage [e]. Bei dem Hoffnungskaufe ist der Verkäufer nur verpflichtet, zu thun, was von ihm erwartet werden mußte, damit die Hoffnung sich verwirklichen könne, und nichts zu deren Vereitelung zu thun; dann aber kann er den Preis fordern, wenn auch die Hoffnung sich als eitle erweist [f].

§. 306.

c) Nebenverträge beim Kauf.

Die regelmäßigen Wirkungen des Kaufvertrages können durch Verabredung (pacta adiecta), wie bei andern Verträgen, beliebig

[a] L. 10. 46. §. 1. D. de evict. 21. 2. cf. L. 8. §. 2. D. de periculo. 18. 6. [b] L. 74. §. 3. D. de evict. 21. 2. L 4. 5. D. de hereditate vel actione vendita. 18. 4. [c] L. 2. §. 1. sq. D. l. c. [d] L. 13. 16. D. l. c. [e] L. 2. pr. L. 14. §. 1. L. 15. D. l. c. L. 1. Cod. de evict. 8. 45. L. 33. D. de aed. ed. 21. 1. [f] L. 7...12. D. de her. v. act. vend. 18. 4. L. 8. D. de contrah. emt. 18. 1.

abgeändert werden [a], z. B. in Betreff der Ueberlieferung der Sache, der Zahlung oder Verzinsung des Preises, der Gefahr der Sache u. s. w., überall jedoch mit der Beschränkung, daß dadurch nicht die Unredlichkeit eines Contrahenten im Voraus genehmigt wird [b]. Besondere Nebenverträge, die gerade beim Kaufe vorzüglich vorkommen, sind namentlich 1) die addictio in diem und die lex commissoria (§. 249.); 2) das sogenannte pactum reservati dominii, wodurch sich der Verkäufer bis zur Zahlung des Kaufpreises das Eigenthum der Sache (§. 145. Anm. 5.), und das pactum hypothecae, wodurch er sich ein Pfandrecht daran vorbehält; 3) das sog. pactum de retrovendendo oder de retroemendo, und das pactum protimiseos (§. 301.).

§. 307.

d) Aufhebung des Kaufes [a].

Der geschlossene Kauf kann nicht nur durch beiderseitige Einwilligung (§. 267.), sondern aus verschiedenen Gründen auch wider Willen des einen oder andern Contrahenten rückgängig gemacht werden (§. 304. 306.). Insbesondere kann dieses auch, und zwar mittels der actio emti oder venditi, geschehen, wenn der Käufer oder Verkäufer durch eine Unredlichkeit des andern oder durch Zwang zur Abschließung des Kaufes vermocht worden ist [b]. Dem Verkäufer aber ist, auch ohne Voraussetzung einer Unredlichkeit des Käufers, das Recht gegeben [c], schon deswegen, weil der Kaufpreis nicht einmal die Hälfte des wahren Werthes der Sache erreicht, d. i. wegen sog. laesio enormis oder ultra dimidium, Aufhebung des Vertrages zu verlangen, falls nicht der Käufer bereit ist, den Kaufpreis bis zum wahren Werthe zu erhöhen.

Anm. L. 2. Cod. h. t. (Impp. Diocletianus et Maximianus AA. Lupo.) Rem maioris pretii si tu vel pater tuus minoris distraxerit, humanum est, ut vel, pretium te restituente emtoribus, fundum venditum recipias, auctoritate iudicis intercedente, vel, si emtor elegerit, quod deest iusto pretio accipias. Minus autem pretium esse videtur, si nec

[a] L. 11. §. 1. D. de act. emti. 19. 1. Cod. de pactis inter emtorem et venditorem compositis. 4. 54. [b] L. 23. D. de R. J. (§. 250.) cf. L. 14. §. 1. D. de aed. ed. 21. 1. L. 11. §. 18. L. 39. D. de act. emti. 19. 1.

[a] Dig. de rescindenda venditione et quando liceat ab emtione recedere 18. 5. Cod. de rescindenda venditione. 4. 44. quando liceat ab emtione recedere 4. 45. [b] L. 1. 5. 10. Cod. h. t. (§. 61. 62.) cf. L. 3. D. de extraord. cogn. 50. 13. [c] L. 2. Cod. h. t. 4. 44. cf. L. 4...8. eod. L. 1. 4. 7. Theod. Cod. de contrah. emt. 4. 1.

dimidia pars veri pretii soluta est (a. p. Chr. 285.). Vgl. L. 22. §. 3. D. locati. 19. 2. Quemadmodum in emendo et vendendo naturaliter concessum est, quod pluris sit, minoris emere, quod minoris sit, pluris vendere, et ita invicem se circumscribere, ita in locationibus quoque et conductionibus iuris est. L. 6. Cod. l. c. (Diocl. et Max.) Non est probabilis causa, propter quam rescindi consensu factam venditionem desideras. Quamvis enim duplum offeras pretium emtori, tamen invitus ad rescindendam venditionem urgeri non debet. L. 8. Cod. ibid. (Dioclet. et Max.) Si voluntate tua fundum tuum filius tuus venumdedit, dolus ex calliditate atque insidiis emtoris argui debet, vel metus mortis vel cruciatus corporis imminens detegi, ne habeatur rata venditio. Hoc enim solum, quod paulo minore pretio fundum venditum significas, ad rescindendam venditionem invalidum est . . . . nisi minus dimidia iusti pretii, quod fuerat tempore venditionis, datum est, electione iam emtori praestita servanda. — Die Bestimmung der L. 2. Cod. cit. ist durch constante Praxis nicht nur auf den Käufer, sondern auch auf andre gegenseitige Rechtsgeschäfte analog angewendet worden. Vgl. darüber und in Betreff der nähern Bestimmungen Glück XVII. S. 21. fg. Vang. §. 611. Seuffert §. 272. und dessen Arch. I. 45 . . . 47. 201. II. 275. 292. 356. III. 160. 161. 315...17. IV. 28. VI. 322. VII. 296. Diese Ausdehnung ist jedoch in neuerer Zeit von vielen theils schlechthin verworfen, z. B. Puchta §. 364. Sint. §. 116. not. 218., theils wenigstens, z. B. von Vang. a. a. O., als im R. R. nicht begründet erklärt worden. Dagegen hat sie neuerdings wieder vollkommen zu rechtfertigen versucht Chambon, Beitr. zum Obligationenrecht. S. 113 . . . 174. Uebereinstimmend damit ist das österr. bürgerl. Gesetzbuch §. 934. 935. Dagegen der Code Nap. art. 1674...85. gibt das fragliche Recht nur dem Verkäufer einer Immobilie, binnen zwei Jahren, während umgekehrt das Preuß. Ldrt I. 11. §. 56...59. dasselbe dem Verkäufer abspricht, und nur zum Besten des Käufers, bei Verletzung über die Hälfte durch zu hohen Kaufpreis, die rechtliche Vermuthung eines den Vertrag entkräftenden Irrthums aufstellt. Diese Differenzen beweisen wohl, daß die fragliche Bestimmung überhaupt von sehr zweifelhaftem Werthe ist.

§. 308.

2) Der Tauschvertrag.

Tauschverträge kann man im weitern Sinn alle Verträge nennen, wodurch sich einer dem andern zur Leistung eines Gegenstandes als Entgeltung für einen von der Gegenseite zu leistenden Gegenstand verpflichtet. In diesem Sinn ist auch der Kauf ein Tauschvertrag, und zwar der häufigste und wichtigste. Im engern Sinn ist der Tauschvertrag derjenige, welcher beiderseits auf Leistung eines Gegenstandes (Sache gegen Sache) geht, der nicht ausschließlich

den Charakter des Preises oder der Waare an sich trägt [a]. Nach heutigem Recht entsteht auch hier schon durch bloße Uebereinkunft eine vollkommen wirksame gegenseitige Obligatio, während nach römischem Rechte dafür die Eigenthümlichkeiten der unbenannten Verträge gelten [b]. Die Regeln über Entwährung (§. 303.) wie über Gewähr der Mängel (§. 304.) finden dabei analoge Anwendung [c].

§. 309.

3) Miethverträge.

Miethvertrag, locatio conductio [a], ist ein Vertrag, wodurch einer dem andern gegen einen in Geld bestimmten Preis (merces) die Benutzung eines Gegenstandes zu gewähren oder gewisse Dienste zu leisten sich verpflichtet. Das letzte kann entweder in der Art geschehen, daß zu leistende Dienste unmittelbar der Gegenstand des Vertrages sind, oder daß dieses eine durch die Thätigkeit des Verpflichteten hervorzubringende Wirkung ist. Im ersten Fall nennt man das Geschäft locatio conductio operarum, Dienstmiethe i. e. S., im letzten Fall locatio conductio operis, die man heuzutage passend als Verdingungsvertrag bezeichnet. Wenn dagegen der Vertrag auf Benutzung eines andern Gegenstandes gerichtet ist, so nennt man ihn locatio conductio rerum, in deutscher Sprache Pacht, wenn es dabei auf den Bezug von Früchten oder ähnlichen Einkünften abgesehen ist, sonst Miethe. Die Leistung des einen Contrahenten aber besteht überall in Zahlung eines Preises, wovon dasselbe gilt wie vom Kaufpreise [b]; nur kann bei Verpachtungen der Preis auch in Früchten bestimmt werden [c]. Im Allgemeinen ist in allen diesen Fällen Regel, daß beide Contrahenten für Dolus und Culpa haften [d]. Außerdem sind die nähern Bestimmungen verschieden für die verschiedenen Fälle. Geschlossen ist übrigens der Vertrag, sobald die beiden Theile über Gegenstand und Preis einig geworden sind; die locatio conductio gehört, wie die emtio venditio, schon nach römischem Recht zu den sogenannten Consensualcontracten [e].

[a] Dig. de rerum permutatione. 19. 4. Cod. de rerum permutatione et praescriptis verbis. 4. 64. X. 3. 19. in 6to. 3. 10. Clemm. 3. 4. [b] L 1. §. 2...4. D. h. t. L. 1. 3. 5. Cod. h. t. L. ult. D. de cond. causa data. 12. 4. §. 232. 235. [c] L. 1. §. 1. L. 2. D. h. t. L. 19. §. 5. D. de aed ed. 21. 1.

[a] Inst. de locatione et conductione 3. 24. Dig. locati et conducti. 19. 2. Cod. de locato et conducto. 4. 65. cf. X. 3. 18. [b] §. 1. 2. J. h. t. L. 2. 25. pr. L. 46. D. h. t. §. 300. [c] L. 8. 21. Cod. h. t. cf. L. 25. §. 6. D. h. t. [d] L. 23. D. de R. J. §. 250. [e] L. 1. 2. D. h. t.

Anm. Für den Unterschied zwischen Pacht und Miethe hat die römische Rechtssprache keine entsprechenden Bezeichnungen. Nur heißt der Miethwohner inquilinus, der Pachter von Grundstücken colonus. Was in den folgenden §§. von der Miethe gesagt wird, ist übrigens regelmäßig auch auf die Pacht zu beziehen.

a) Locatio conductio rerum.

§. 310.

α) Voraussetzungen.

Gegenstand dieses Vertrags kann eine jede Sache seyn, bei welcher eine Gebrauchsüberlassung möglich ist [a]. Die Wirksamkeit des obligatorischen Vertrags hängt auch hier, wie beim Kaufe, nicht davon ab, ob der Vermiether (locator) Eigenthümer oder sonst zur Ueberlassung des Gebrauches berechtigt ist [b]. Der Eigenthümer selbst kann seine Sache miethen, insofern es mit Rücksicht auf ein dem Andern zustehendes dingliches Recht, Ususfructus, Emphytheusis oder Superficies [c], ja selbst nur auf das demselben zustehende Besitzrecht (ius possessionis) geschieht [d]. Wenn ein Miether oder Pachter (conductor) selbst wieder die gemiethete Sache einem Dritten vermiethet oder verpachtet, so heißt dieses Verhältniß Aftermiethe oder Afterpacht, sog. sublocatio; es erzeugt aber eine Obligatio nur zwischen dem Sublocator und Subconductor, ändert nicht das Rechtsverhältniß zwischen dem ersten und dessen Locator [e].

Anm. 1 Die Locatio von Seiten des Nutznießers bezeichnen die Quellen bald als locare rem oder rem utendam, bald als locare usumfructum. Das letzte drückt es unmittelbar aus, daß der Gebrauch der Sache nur, soweit das Recht des Nießbrauchs sich erstreckt, gewährt seyn solle; dies ist aber auch bei der ersten Ausdrucksweise anzunehmen, sofern Jemand eine Sache als Nutznießer (quasi fructuarius, non quasi dominus) vermiethet oder verpachtet. L. 12. §. 2. D. de usufr. 7. 1. L. 9. §. 1. D. h. t. 19. 2. Aber auch bei andern nutzbaren Rechten findet der Begriff der Verpachtung Anwendung, wo von Ueberlassung des Gebrauchs einer körperlichen Sache gar nicht die Rede seyn kann, z. B. Verpachtung von öffentlichen Einkünften, Zehenten u. dgl.

2 Im R. R. finden sich Verbote gewisser Pachtungen für gewisse Personen, namentlich für Soldaten, L. 31. 35. Cod. h. t., Decurionen, L. 20. Cod. h. t., kaiserliche Hofdiener, L. un. Cod. quibus ad conductionem praediorum fiscalium accedere non licet. 11. 72., Geistliche, nov. 123 cap. 6., Vormünder vor abgelegter Rechnung, L. un. Cod. ne tutor vel curator vectigalia conducat. 5. 41. L. 49. D. h. t. Diese Verbote gehören dem öffentlichen Rechte an.

[a] cf. L. 3. §. 6. D. commod. 13. 6. [b] L. 7. 9. pr. §. 6. D. h. t. vgl. §. 300. not. o...r. [c] L. 12. §. 2. L. 38. D. de usufr. 7. 1. L. 9. §. 1. D. h. t. [d] L. 28. D. de poss. 41. 2. cf. L. 45. pr. D. de R. J. L. 15. D. depos. 16. 3. [e] L. 30. 58. pr. D. h. t. L. 6. Cod. h. t. cf. L. 11. §. 5. D. de pign. act. 13. 7.

[3] Ein dem Pachtvertrage verwandtes Verhältniß, aber von eigenthümlichen Wirkungen, ist der emphyteutische Contract, vgl. §. 196...198.

β) Wirkungen.

§. 311.

aa) Verbindlichkeiten des Vermiethers.

Der Vermiether ist verpflichtet, dem Miether die gemiethete Sache nebst deren im Miethvertrage ausdrücklich oder stillschweigend inbegriffenem Zubehör rechtzeitig zu überliefern [a], und demselben für die festgesetzte Miethzeit den freien und ungehinderten Gebrauch zu gewähren [b]; er hat demnach auch die Sache in dem erforderlichen Stande zu erhalten und die nothwendigen Ausbesserungen zu bestreiten [c], die vom Miether gemachten nothwendigen Verwendungen unbedingt, die nützlichen, soweit dadurch die Sache dauernd verbessert ist, zu vergüten [d], auch die auf der Sache haftenden Lasten zu tragen [e]; er haftet dem Miether für Ersatz des Interesse, wenn diesem durch Verschulden des Vermiethers [f] oder wegen mangelnder Berechtigung desselben zur Verfügung über die Sache [g] deren Gebrauch vor der Zeit entzogen oder geschmälert wird; er haftet demselben überhaupt für jedes Verschulden bezüglich dieses Geschäfts [h], hat daher insbesondere auch den Schaden zu ersetzen, welcher dem Miether wegen Mangelhaftigkeit der Sache durch deren Gebrauch verursacht wird, insofern jenem in dieser Beziehung eine Unredlichkeit oder ein Versehen zur Last fällt [i]. Die Klage gegen den Vermiether ist die actio conducti oder ex conducto [h].

Anm. Eine Streitfrage ist es, wer die Einquartierungslasten zu tragen habe? Vgl. Glück XVII. S. 395. fg. Vang. III. §. 641. Anm. 2. Sie „entscheidet sich nach der Vorfrage, ob sie eine Real- oder Personallast sind, welche keine privatrechtliche ist.“ Puchta §. 366. not. c. vgl. Seuffert's Arch. I. 208.

§. 312.

bb) Verbindlichkeiten des Miethers.

Der Miether ist 1) verpflichtet, den Miethzins nach Ablauf der Zeit des Gebrauchs oder der dafür festgesetzten Zeiträume, zu

[a] L. 15. §. 1. L. 19. §. 2. D. h. t. [b] L. 9. pr. L. 19. §. 5. L. 30. pr. eod. L. 24. §. 4. eod. [c] L. 15. §. 1. L. 25. §. 2. eod. [d] L. 55. §. 1. L. 61. pr. cf. L. 19. §. 4. eod. [e] L. un. §. 3. D. de via publ. 43. 10. [f] L. 9. §. 3. L. 35. pr. D. h. t. [g] L. 7...9. §. 1. eod. [h] L. 28. eod. cf. L. 55. pr. D. h. t. [i] L. 19. §. 1. eod. [k] L. 15. pr. eod.

entrichten, auch wenn er die Sache nicht wirklich benutzt hat, ausgenommen soweit er durch Schuld des Vermiethers oder durch einen die Sache betreffenden Zufall daran verhindert oder darin beeinträchtigt worden ist [a]; der Pachter kann aber auch wegen eines den Fruchtbezug eines Jahres beträchtlich schmälernden, nicht überhaupt oder für diese Sache gewöhnlichen Zufalls verhältnißmäßigen Nachlaß vom Pachtzinse ansprechen [1], wobei jedoch, wenn die Pachtzeit auf mehrere Jahre sich erstreckt, eine Ausgleichung mit dem reichlichen Fruchtertrage besonders guter Jahre stattfindet [b]. Er hat sodann 2) nach Beendigung des Miethverhältnisses die Sache zurückzugeben [c], mit Ersatz für jeden durch sein Verschulden, insbesondere durch Nachlässigkeit in Bewahrung der Sache oder durch Ueberschreitung im Gebrauch derselben, verursachten Schaden [d]; hat er die Sache weiter vermiethet, so haftet er auch für Verschulden des Aftermiethers, insoweit ihm bezüglich der Aftervermiethung eine Culpa zur Last fällt, daher schlechthin, wenn ihm dieselbe untersagt war [e]; für zufälligen Schaden hat er regelmäßig nicht einzustehen [2].

Anm. [1] Ueber Remission des Pachtzinses wegen solcher Unglücksfälle vgl. Glück XVII. S. 447. fg. Vang. §. 641. Anm. 1. Jacobi über Remission des Pachtzinses nach gemeinem und preußischem Rechte. Weimar 1856. Der Anspruch darauf findet nicht statt, wenn die Leistung des Pachters in einem Bruchtheil des jährlichen Fruchtertrages besteht (sog. colonia partiaria), wo eine Art von Gesellschaftsverhältniß angenommen wird. L. 25. §. 6. in f. D. h. t. Apparet autem de eo nos colono dicere, qui ad pecuniam numeratam conduxit; alioquin partiarius colonus quasi societatis iure et damnum et lucrum cum domino fundi partitur. Vgl. L. 8. Cod. h. t. Licet certis annuis quantitatibus fundum conduxeris, si tamen expressum non est in locatione aut mos regionis postulat, ut, si qua lue tempestatis vel alio coeli vitio damna accidissent, ad onus tuum pertinerent et quae evenerunt sterilitates ubertate aliorum annorum pensatae non probabuntur, rationem tui iuxta bonam fidem haberi recte postulabis.

[2] Durch besondere Zusage kann der Miether auch die Gefahr des Zufalls übernehmen, L. 9. §. 2. L. 30. §. 4. D. h. t.; doch ist die Verabredung bei dem Pachtvertrage, daß der Pachter alle Unglücksfälle übernehme, im Zweifel nur als Verzichtleistung des Pachters auf das Recht des Nachlasses nach Anm. 1. zu verstehen. Vang. a. a. O. — Werden bei der Miethe Sachen unter Festsetzung eines bestimmten Preises übernommen, wie es insbesondere rücksichtlich des Inventars eines Pachtgutes vorzukommen pflegt, so trägt der Uebernehmer

[a] L. 19. §. 6. L. 27. pr. L. 30. §. 1. D. h. t. cf. L. 24. §. 2. eod. L. 19. §. 9. 10. eod. [b] L. 15. §. 2...4. L. 25. §. 6. D. h. t. L. 8. Cod. h. t. cf. cap. 3. X. h. t. [c] L. 25. Cod. h. t. cf. L. 34. eod. [d] §. 5. J. h. L. 11. pr...§. 2. 4. L. 12. 25. §. 3. D. h. t. L. 28. 29. Cod. eod. [e] L. 11. pr. D. eod.

die Gefahr derselben, gleich als ob er sie gekauft habe. L. 3. 54. §. 2. D. h. t. cf. Gai. III. 146. L. 5. §. 3. D. commod. 13. 6. L. 1. §. 1. D. de aestimat. 19. 3. (Sog. locatio conductio irregularis). Vgl. Sell im civ. Arch. XIX. 2. Chambon, Beitr. zum Oblig.-Recht S. 12. fg. Ein besondrer Fall ist der sog. Eisern-Viehcontract oder contractus socidae, wenn eine gewisse Stückzahl Viehes, als Nebensache eines Pachtguts oder auch für sich als Hauptsache, z. B. eine Schafheerde, dergestalt übergeben wird, daß die gleiche Stückzahl gleicher Güte oder auch ein bestimmter Preis für jedes Stück zurückgegeben werden soll: „Eisern Vieh stirbt nicht." Ueber den Ausdruck contractus socidae vgl. jedoch Glossar. man. ad scriptores med. latinitatis, v. „*Socida, Italis soccitá, quasi societas accomandita di bestiame, che si da alla custodia altrui a mezzo pro e danno.*" cf. L. 9. (8.) Cod. de pactis. 2. 3.

§. 313.

γ) Endigung des Miethverhältnisses.

Das Miethverhältniß wird beendigt 1) durch den Untergang der vermietheten Sache; 2) durch Ablauf der Miethzeit, die entweder bestimmt festgesetzt oder von der Aufkündigung des einen oder andern Theils abhängig gemacht seyn kann; jedoch kann nach Ablauf der Zeit durch beiderseitige stillschweigende Einwilligung, sog. relocatio tacita [1], das Miethverhältniß weiter erstreckt werden; 3) durch Entsetzung des Miethers, welche aus gewissen Gründen [2] dem Vermiether, und 4) durch einseitigen Rücktritt, welcher aus gewissen Gründen [3] dem Miether gestattet ist. Die durch das Miethverhältniß bisher erzeugten Forderungen werden durch diese Endigungsgründe desselben nicht aufgehoben. Die Veräußerung der Sache durch den Vermiether hebt das Verhältniß zwischen ihm und dem Miether nicht auf [4].

Anm. [1] L. 14. D. h. t. (Ulp.) Qui ad certum tempus conducit, finito quoque tempore colonus est; intelligitur enim dominus, quum patitur colonum in fundo esse, ex integro locare, et huiusmodi contractus neque verba neque scripturam utique desiderant, sed nudo consensu convalescunt. Et ideo, si interim dominus furere coeperit vel decesserit, fieri non posse, Marcellus ait, ut locatio redintegretur, et est hoc verum. §. 13. §. 11. eod. (Ulp.) Qui impleto tempore conductionis remansit in conductione, non solum reconduxisse videbitur, sed etiam pignora videntur durare obligata . . . Quod autem diximus, taciturnitate utriusque partis colonum reconduxisse videri, ita accipiendum est, ut in ipso anno, quo tacuerunt, videantur eandem locationem renovasse, non etiam in sequentibus annis, et si lustrum forte ab initio fuerat conductioni praestitutum. Sed etsi secundo quoque anno post finitum lustrum nihil fuerit contrarium actum, eandem videri locationem in illo anno permansisse;

hoc enim ipso, quod tacuerunt, consensisse videntur, et hoc deinceps in unoquoque anno observandum est. In urbanis autem praediis alio iure utimur, ut, prout quisque habitaverit, ita et obligetur, nisi in scriptis certum tempus conductioni comprehensum est. — Streitig die Erklärung des Schlußsatzes dieser Stelle und daher die Bestimmung der Dauer der Relocatio bei Gebäuden: vgl. Glück XVII. S. 275. fg. Röder Abh. Nr. 1. Vang. §. 644.

2 Diese Gründe sind a) zweijähriger Rückstand des Miethzinses, L. 54. §. 1. L. 56. D. h. t. nov. 120. cap. 8. cf. cap. 3. X. h. t. b) Mißbrauch der Sache, L. 3. Cod. h. t. L. 54. §. 1. cit. c) Nothwendigkeit einer den Gebrauch hindernden Reparatur, L. 3. Cod. cit. cf. L. 30. pr. L. 35. pr. D. h. t. d) dringendes und nicht vorgesehenes eigenes Bedürfniß des Vermiethers eines Wohngebäudes, L. 3. Cod. cit. cap. 3. X. cit. und nach der Praxis e) Eröffnung des Concurses gegen den Pachter, nicht auch gegen den Verpachter, L. 8. §. 1. D. de reb. auct. iud. 42. 5.

3 Diese Gründe sind a) solche Mängel der Sache, welche deren Gebrauch völlig hindern, oder beträchtlich mindern oder erschweren, L. 25. §. 2. L. 27. pr. D. h. t.; b) Zögerung des Vermiethers in Einräumung des Gebrauchs, L. 24. §. 4. L. 60. pr. D. eod.; c) gegründete Furcht vor einer mit der Fortsetzung des Gebrauchs verbundenen Gefahr, L. 13. §. 7. L. 27. §. 1. D. h. t. L. 28. 33. D. de damno inf. 39. 2.

4 „Durch das Sprüchwort: Kauf bricht Miethe, hat man nur dem natürlichen Satze, daß der Käufer nicht in die Obligatio des Verkäufers eintritt, einen unpassenden Ausdruck gegeben.“ Puchta §. 369. a. E. Vgl. L. 25. §. 1. L. 32. D. h. t. L. 9. Cod. h. t. cf. L. 59. §. 1. D. de usufr. 7. 1. L. 120. §. 2. D. de legat. I. Vang. §. 643. Anm. 2. Dernburg Abh. Nr. 1.

§. 314.

b) Locatio conductio operarum. Dienstmiethe i. e. S.

Diese besteht in der Uebereinkunft, daß der eine Contrahent (locator) dem andern (conductor) gewisse eine Schätzung zulassende Dienste oder Arbeiten (operae illiberales, locari solitae, aber honestae) gegen einen Geldlohn leisten soll, ohne daß dabei die Vollendung eines gewissen Werkes als unmittelbarer Gegenstand des Vertrags gesetzt ist[a]. Dahin gehört namentlich der Vertrag mit Dienstboten und Taglöhnern. Es gelten dafür gleiche Grundsätze, wie für die Miethe von Sachen, soweit sie nach der Natur des Gegenstandes anwendbar sind. Der Vermiether der Dienste hat die actio locati auf Zahlung des Dienstlohns und Erfüllung etwaiger Nebenleistungen, z. B., wie bei Dienstboten üblich, Gewährung von Kost und Wohnung, auch wenn die Dienste dem

[a] L. 5. §. 2. D. de praescript. verb. 19. 5.

Miether unnütz oder durch einen nicht die Person des Vermiethers betreffenden Zufall vereitelt worden sind, ausgenommen, sofern dieser durch anderweitige Vermiethung seiner Dienste Entschädigung gefunden hat [b]. Der Miether der Dienste andrerseits hat die actio conducti auf wirkliche Leistung der versprochenen Dienste, auf Schadenersatz, soweit sie durch Schuld des Vermiethers nicht oder nicht gehörig geleistet worden, oder dieser sonst durch Nachlässigkeit oder bösen Willen einen Schaden verursacht hat [c]. Hat dieselbe Person ihre Dienste mehreren vermiethet, so geht der frühere Miether vor [d].

Anm. Eine Verpflichtung, für geleistete Dienste eine gewisse Vergeltung zu gewähren, entsteht in vielen Fällen auch ohne vorhergehende bestimmte Zusage, gleichsam durch stillschweigenden Vertrag, wenn man sich nämlich solche Dienste hat leisten lassen, für welche eine Bezahlung gewöhnlich ist, und von solchen Personen, welche dieselben gegen Bezahlung zu leisten pflegen, z. B. von Aerzten, Hebammen, Lehrern, Advocaten, insbesondere auch von Mäklern (proxenetae, denen der Mäklerlohn, proxeneticum, gebührt). Das R. R. gibt in solchen Fällen theils praescriptis verbis actio, theils extraordinaria cognitio. L. 22. D. de praescript. verb. 19. 5. L. 1. 4. D. de extraord. cognit. 50. 13. L. 1 ... 3. D. de proxeneticis. 50. 14. Vgl. Schäffer in Linde's Ztschr. n. F. VII. 1. „ob und unter welchen Voraussetzungen für geleistete Dienste und verabreichte Alimente eine Vergütung auch ohne vorheriges Versprechen einer solchen angesprochen werden kann?“ Seuffert Pand. §. 334. Ein Dienst besonderer Art ist die Beförderung und Empfehlung eines Bittgesuches, d. i. suffragium, wofür nach vertragsmäßiger Bestimmung eine Vergeltung gefordert werden kann, wenn Gewährung des Gesuches darauf erfolgt. L. un. Cod. de suffragio. 4. 3.

c) Locatio conductio operis. Verdingungsvertrag.

§. 315.

α) Begriff und Wirkungen im Allgemeinen.

Ist der Vertrag auf die Hervorbringung einer gewissen Wirkung durch die Thätigkeit des einen Contrahenten gerichtet, so heißt derjenige, welcher sich dazu gegen einen Preis verpflichtet, conductor oder auch redemtor operis, derjenige dagegen, welcher die Arbeit in Verding gibt, der Besteller, locator operis [1]. Der erste hat die actio conducti auf Bezahlung des Preises, regelmäßig erst nach Ausführung des Werkes oder Ablieferung der verfertigten

[b] L. 15. §. 6. L. 19. §. 9. 10. L. 38. pr. D. h. t. §. 275. not. b. c. [c] arg. §. 5. J. h. t. [d] L. 26. D. h. t. 19. 2. §. 226. not. a.

Sache [a], so wie auf Ersatz des Schadens, der ihm etwa durch Schuld des andern Contrahenten bezüglich des Geschäfts verursacht worden ist [b]. Der letzte hat die actio locati auf Vollendung der übernommenen Arbeit [c], beziehungsweise auf Schadenersatz, sofern der Uebernehmer etwas verschuldet hat [d]. Dieser haftet insbesondere dafür, daß das Werk der Bestellung gemäß und ohne Fehler sey, sofern diese nicht durch die Anweisungen des Bestellers selbst verursacht sind [e]. Hat der letzte einmal das Werk gebilligt, so haftet jener nicht weiter, es sey denn wegen Dolus. Die Billigung aber, auch wo sie ausdrücklich vorbehalten ist, kann der Besteller ohne genügende Gründe nicht verweigern [f]. Für rein zufälligen Schaden hat der Uebernehmer in der Regel nicht einzustehen [g], kann vielmehr bei zufälligem Untergang der Sache nach Verhältniß des von ihm Geleisteten auf den bedungenen Lohn Anspruch machen, wenn anders das untergegangene Werk zur Billigung geeignet war [2]. Hat der Uebernehmer die vom Besteller zu bestreitenden Kosten zu gering angeschlagen, so kann der letzte, sobald dies klar ist, den ganzen Vertrag kündigen [h].

Anm. [1] L. 22. §. 2. D. h. t. Quum insulam aedificandam *loco*, ut sua impensa *conductor* omnia faciat, proprietatem quidem eorum ad me transfert, et tamen *locatio* est; *locat* enim artifex *operam suam*, id est, faciendi necessitatem. Andere dahin gehörende Fälle sind die Uebernahme des Transports von Waaren oder Personen, der Ausbildung eines Lehrbuben, der Verfertigung oder Reinigung von Kleidern oder andern Sachen u. dgl. m. L. 13. §. 1 ... 7. L. 19. §. 6. L. 25. §. 7. D. h. t. Soll der Uebernehmer auch den Stoff zu der zu verfertigenden Sache liefern, so ist das Geschäft nicht locatio conductio, sondern emtio venditio. Gai. III. 147. §. 4. J. h. t. L. 2. §. 1. D. h. t. L. 65. D. de contrah. emt. 18. 1. Anders, wenn zu einem Bau auf dem Boden des Bestellers der Unternehmer zugleich die Baumaterialien zu liefern übernimmt. L. 22. §. 2. L. 30. §. 3. D. h. t. L. 20. D. de contrah. emt. Sabinus respondit, si quam rem nobis fieri velimus *etiam*, veluti statuam vel vas aliquod seu vestem, ut nihil aliud quam pecuniam daremus, emtionem videri; nec posse ullam locationem esse, ubi corpus ipsum non detur ab eo, cui id fieret; aliter atque si aream darem, ubi insulam aedificares, quoniam tunc a me substantia proficiscitur. Huschke verbessert *alienam* statt *etiam;* dagegen Arndts in Linde's Ztschr. n. F. VIII. S. 102.

[2] L. 36. D. h. t. Opus, quod aversione locatum est, donec adprobetur,

[a] arg. L. 30. §. 3. L. 36. 51. §. 1. D. h. t. [b] L. 28. Cod. h. t. cf. L. 15. pr. D. h. t. [c] L. 48. pr. D. h. t. [d] L. 13. §. 1...6. L. 25. §. 7. eod. L. 58. §. 1. eod. cf. L. 27. §. 29. D. ad leg. Aquil. 9. 2. [e] L. 51. §. 1. L. 62. D. h. t. [f] L. 24. pr. eod. [g] L. 25. §. 7. L. 36. 37. 59. 62. eod. cf. L. 33. eod. [h] L. 60. §. 4. eod.

conductoris periculum est; quod vero ita conductum sit, ut in pedes mensurasve praestetur, eatenus conductoris periculo est, quatenus admensum non sit; et in utraque causa nociturum locatori, si per eum steterit, quominus opus adprobetur vel admetiatur. Si tamen vi maiore opus prius interciderit, quam adprobaretur, locatoris periculo est, nisi si aliud actum sit: non enim amplius praestari locatori oporteat, quam quod sua cura atque opera consecutus esset. L. 37. eod. Si prius, quam locatori opus probaretur, vi aliqua consumtum est, detrimentum ad locatorem ita pertinet, si tale opus fuit, ut probari deberet. L. 59. eod. Marcius domum faciendam a Flacco conduxerat: deinde operis parte effecta terrae motu concussum erat aedificium. Massurius Sabinus: si vi naturali, veluti terrae motu, hoc acciderit, Flacci esse periculum. Vgl. Buchholtz in Linde's Ztschr. n. F. VIII. 1. und Windscheid in der heidelb. krit. Ztschr. II. S. 139. fg. gegen Mommsen Beitr. I. §. 31.

3 Auch die locatio conductio operis kann eine sogen. irregularis seyn (§. 312. Anm. 2.), wenn nämlich vertretbare Sachen zum Transport oder zur Verarbeitung gegeben werden, mit der Gestattung, andre Sachen gleicher Gattung und Güte dafür zurückzuliefern oder zur Verarbeitung zu verwenden. Vgl. L. 31. D. h. t. In navem Saufeii quum complures frumentum confuderant, Saufeius uni ex his frumentum reddiderat de communi, et navis perierat: quaesitum est, an ceteri pro sua parte frumenti cum nauta agere possint oneris aversi actione? Respondit: rerum locatarum duo genera esse, ut aut idem redderetur, (sicuti quum vestimenta fulloni curanda locarentur,) aut eiusdem generis redderetur, (veluti quum argentum pusulatum fabro daretur, ut vasa fierent, aut aurum, ut annuli;) ex superiore causa rem domini manere, ex posteriore in creditum iri. Idem iuris esse in deposito; nam si quis pecuniam numeratam ita deposuisset, ut neque clausam neque obsignatam traderet, sed adnumeraret, nihil aliud eum debere, apud quem deposita esset, nisi tantundem pecuniae solvere; secundum quae videri triticum factum Saufeii et recte datum. Quod si separatim tabulis aut aeronibus aut in alia cupa clausum uniuscuiusque triticum fuisset, ita ut internosci posset, quid cuiusque esset, non potuisse nos permutationem facere, sed tum posse eum, cuius fuisset triticum, quod nauta solvisset, vindicare. Et ideo se improbare actiones oneris aversi, quia sive eius generis essent merces, quae nautae traderentur, ut continuo eius fierent et mercator in creditum iret, non videretur onus esse aversum, quippe quod nautae fuisset, sive eadem res, quae tradita esset, reddi deberet, furti esse actionem locatori, et ideo supervacuum esse iudicium oneris aversi. Sed si ita datum esset, ut in simili re solvi possit, conductorem culpam duntaxat debere; (nam in re, quae utriusque causa contraheretur, culpam deberi,) neque omnimodo culpam esse, quod uni reddidisset ex frumento, quoniam alicui primum reddere necesse fuisset, tametsi meliorem eius conditionem faceret, quam ceterorum. Vgl. darüber Sell im civ. Arch. XIX. S. 318. fg. Puchta Vorles. II. S. 214. fg. Buchholtz a. a. O. S. 8. fg.

§. 316.

β) Insbesondere von der *Lex Rhodia de iactu.*

Nach einer dem Seerecht der Insel Rhodus entlehnten Billigkeitsregel [a] soll, wenn zur Rettung eines Schiffes in Seegefahr Sachen absichtlich preisgegeben werden, der dadurch verursachte Verlust und Schaden in Gemeinschaft mit den Eigenthümern jener Sachen auch von den Eigenthümern der geretteten Sachen des Schiffes wie der Ladung, getragen werden, nach Verhältniß des Werthes der preisgegebenen und der geretteten Sachen. Die Eigenthümer der letzten kann der Schiffer zu verhältnißmäßigem Ersatzbeitrag anhalten, theils durch Retention ihrer Sachen, theils durch Klage, und zwar, sofern zwischen ihnen und diesem, wie gewöhnlich der Fall, das Verhältniß einer locatio conductio operis besteht, durch die actio conducti, während andrerseits die beschädigten Eigenthümer durch die actio locati gegen den Schiffer ihre Ersatzansprüche geltend machen.

Anm. 1 L. 1. D. h. t. Lege Rhodia cavetur, ut, si levandae navis gratia iactus mercium factus est, omnium contributione sarciatur, quod pro omnibus datum est. — L. 2. pr. eod. Si laborante nave iactus mercium factus est, amissarum mercium domini, si merces vehendas locaverant, ex locato cum magistro navis agere debent; is deinde cum reliquis, quorum merces salvae sunt, ex conducto, ut detrimentum communicetur, agere potest. Servius quidem respondit, ex locato agere cum magistro navis debere, ut ceterorum vectorum merces retineat, donec portionem damni praestent. Imo, etsi (Hal. *etsi non*) retineat merces magister, ultro ex locato habiturus est actionem cum vectoribus; quid enim, si vectores sint, qui nullas sarcinas habeant? Plane commodius est, si sint, retinere eas. At si non (et) totam navem conduxerit, ex conducto aget, sicut vectores, qui loca in nave conduxerunt (Vulg. *aut si non, si totam navem conduxerant, ex conducto aget, sicut vectores, qui loca in nave conduxerunt, ex cond. agent;* Schilling emend. *Et si non totam navem conduxerint, sicut vectores, qui loca in navem conduxerunt, ex conducto aget*). Aequissimum enim est, commune detrimentum fieri eorum, qui propter amissas res aliorum consecuti sunt, ut merces suas salvas haberent. — Vgl. überhaupt Aug. de Schryver, Comment. sur la loi Rhodia de iactu. Bruxelles 1844.

2 „Die analoge Anwendung dieser Rechtsätze, die man mehrfach versucht hat, ist in der That, da die Bedingung einer Gleichheit der Gefahr für alle Eigenthümer fehlt, unausführbar." Puchta §. 368. a. E. Vgl. jedoch W. Sell, Versuche I. S. 100.

[a] Dig. de lege Rhodia de iactu. 14. 2. cf. Pauli sentt. II. 7.

4) Gesellschaft [a].

§. 317.

a) Begriff und Entstehung der Gesellschaft.

Gesellschaft (societas) ist eine durch gegenseitig verpflichtenden Vertrag begründete Vereinigung mehrerer Personen zu einer rechtlichen, das Vermögen betreffenden Gemeinschaft [b]. Gegenstand dieser Gemeinschaft kann das ganze gegenwärtige und zukünftige Vermögen der Gesellschafter (socii) seyn; das ist societas omnium bonorum oder omnium fortunarum [c]; oder nur alles, was dieselben künftig, und zwar durch ihre Thätigkeit, erwerben mögen, das ist eine Erwerbgesellschaft (societas quaestus, oder quaestus et lucri), welche angenommen wird, wenn eine Gesellschaft schlechtweg, ohne nähere Bestimmung, eingegangen ist [d]; oder aber nur bestimmte einzelne Sachen und Rechte oder eine Mehrheit von solchen; oder nur gewisse Erwerbungen, z. B. durch Handel oder Handel einer gewissen Art; oder auch nur ein einzelnes Geschäft, das auf gemeinschaftliche Rechnung unternommen wird [e]. Der eigentliche Zweck der Vereinigung kann auch auf etwas anderes als Vermögensinteressen gerichtet seyn, z. B. Föderung der Kunst oder Wissenschaft, oder bloßes Vergnügen; aber ein Rechtsverhältniß entsteht daraus überall nur, insofern zu Erreichung jenes Zweckes vermögensrechtliche Verbindlichkeiten eingegangen werden.

Der Gesellschaftsvertrag wird geschlossen durch die gegenseitige Zusage der Gemeinschaft, und kann daher auch stillschweigend abgeschlossen werden [f]. Auch können dabei verschiedenartige, wenn nur überhaupt zuläßige und mit der Natur des Geschäfts verträgliche, Nebenbestimmungen, insbesondere Bedingungen, vorkommen [g]. Die Antheile der einzelnen Gesellschafter an Gewinn und Verlust, wie ihre Beiträge oder anderweitigen Leistungen zum gemeinschaftlichen Zweck können durch Verabredung nach Belieben festgesetzt werden [1], wobei insbesondere die Rücksicht auf die Thätigkeit oder auf den Credit eines Gesellschafters oder seiner Firma mitbestimmend seyn kann [h]. Insofern aber darunter eine Schenkung sich

[a] Inst. de societate. 3. 25. Dig. pro socio. 17. 2. Cod. 4. 37. [b] L. 31. 32. D. h. t. [c] L. 1. §. 1... L. 3. §. 1. L. 73. D. h. t. [d] L. 7...13. eod. [e] pr. J. h. t. L. 5. pr. 52. §. 4. 5. L. 58. pr. §. 1. D. eod. [f] L. 4. pr. eod. [g] L. 1. pr. eod. L. 6. Cod. h. t. [h] §. 1...3. J. h. t. L. 5. §. 1. L. 29. 30. L. 52. §. 2. D. eod. L. 1. Cod. eod.

verbirgt, ist diese nur gültig [2], wenn die Erfordernisse einer gültigen Schenkung vorhanden sind [i]. Der Regel nach ist gleichmäßiger Antheil [3] der Gesellschafter am Gewinn und Verlust als beabsichtigt anzunehmen [k].

Anm. [1] L. 29. D. h. t. Si non fuerint partes societati adiectae, aequas eas esse constat. Si vero placuerit, ut quis duas partes vel tres habeat, alius unam, an valeat? Placet valere, si modo aliquid plus contulit societati vel pecuniae vel operae, vel cuiuscunque alterius rei causa. §. 1. Ita coiri societatem posse, ut nullius partem damni alter sentiat, lucrum vero commune sit, Cassius putat; quod ita demum valebit, ut et Sabinus scribit, si tanti sit opera, quanti damnum est; plerumque enim tanta est industria socii, ut plus societati conferat, quam pecunia; item si solus naviget, si solus peregrinetur, pericula subeat solus. §. 2. Aristo refert, Cassium respondisse, societatem talem coiri non posse, ut alter lucrum tantum, alter damnum sentiret, et hanc societatem leoninam solitum appellare. Et nos consentimus, talem societatem nullam esse, ut alter lucrum sentiret, alter vero nullum lucrum, sed damnum sentiret; iniquissimum enim genus societatis est, ex qua quis damnum, non etiam lucrum spectet. — L. 30. eod. Mucius scribit, non posse societatem coiri, ut aliam damni, aliam lucri partem socius ferat. Servius in notatis Mucii ait, nec posse societatem ita contrahi; neque enim lucrum intelligitur, nisi omni damno deducto, neque damnum, nisi omni lucro deducto. Sed potest coiri societas ita, ut eius lucri, quod reliquum in societate sit omni damno deducto, pars alia feratur, et eius damni, quod similiter relinquatur, pars alia capiatur. cf. Gai. III. 149. Vgl. Vang. §. 651. 655.

[2] L. 5. §. 2. D. h. t. Donationis causa societas recte non contrahitur. „Das hat aber nur die Bedeutung: es soll daraus nicht die dem Consensualcontract eigenthümliche actio pro socio angestellt werden können." Sav. IV. S. 102.

[3] Ob absolute oder relative Gleichheit der Antheile zu verstehen sey? Vgl. §. 3. J. h. t. Illud expeditum est, si in una causa pars fuerit expressa, veluti in solo lucro vel in solo damno, in altera vero omissa, in eo quoque, quod praetermissum est, eandem partem servari. — L. 6. D. h. t. Si societatem mecum coieris ea conditione, ut partes societatis constitueres, ad boni viri arbitrium ea res redigenda est, et conveniens est boni viri arbitrio, ut non utique ex aequis partibus socii simus, veluti si alter plus operae, industriae, pecuniae in societatem collaturus sit.

§. 318.

b) Wirkungen des Gesellschaftsvertrages.

Die Wirkung des Gesellschaftsvertrages ist im Allgemeinen die, daß die Gesellschafter einander gegenseitig nach Treu und

[i] L. 5. §. 2. D. eod. L. 16. §. 1. D. de minor. 4. 4. L. 32. §. 24. D. D. de donat. int. v. et u. 24. 1. [k] L. 29. pr. D. h. t. §. 1. J. h. t.

Glauben dasjenige leisten müssen, wozu sie nach Zweck und Gegenstand der Gesellschaft, beziehungsweise nach besondern Vertragsbestimmungen, sich anheischig gemacht haben. Namentlich muß also jeder Gesellschafter seinen Beitrag zur Gemeinschaft geben, und die dieser bestimmten Gegenstände, so wie es verabredet und soweit es thunlich ist, den übrigen mittheilen [a], so auch, was er von Gegenständen der Gemeinschaft bezieht, herausgeben [b], sodann die zugesagten Dienste leisten [c], und über Geschäfte, die er für die Gesellschaft geführt, Rechenschaft ablegen [d], wohingegen er auch Anspruch hat auf verhältnißmäßigen Ersatz desjenigen, was er angemessener Weise im Interesse der Gesellschaft aufgewendet hat [e]. In Angelegenheiten der Gesellschaft aber hat jeder Theilnehmer den ihm in eigenen Angelegenheiten gewöhnlichen Fleiß, diligentiam quam suis rebus [1], zu bewähren [f].

Bei einer allgemeinen Gütergesellschaft insbesondere [2] haben die Gesellschafter jeden rechtlichen Erwerb einzubringen [g], und werden andrerseits deren Schulden, sowie der Aufwand zu ihrem Lebensunterhalt als Lasten der Gemeinschaft betrachtet [h], vorbehältlich der durch Culpa des einzelnen begründeten besondern Ansprüche [i]. Was aber ein Gesellschafter durch unerlaubte Handlungen erwirbt, ist nicht Gegenstand der Gemeinschaft, es werde denn von jenem freiwillig eingebracht, und in diesem Falle müssen die Genossen, wenn sie den Ursprung des Erwerbes kennen, auch die vermögensrechtlichen Folgen des Delicts mittragen; ebenso auch in dem Falle, wenn ein Gesellschafter ohne Schuld auf eine Delictsklage verurtheilt ist; während außerdem der Antheil des Schuldigen allein davon betroffen wird [k]

Die Klage, mit welcher die Ansprüche aus dem Gesellschaftsverhältniß geltend zu machen [l], ist die actio pro socio [3]. Im Verhältniß der einzelnen Gesellschafter zu dritten Personen [4] wird durch die Gesellschaft unmittelbar und an sich keine Veränderung bewirkt; es können aber Rechte und Verbindlichkeiten des einen nach den Regeln der §§. 245 ... 248 auch für und gegen die übrigen wirksam worden [m].

[a] L. 1. §. 1. L. 3. pr. L. 52. §. 8. L. 74. D. h. t. [b] L. 21. 38. §. 1. L. 60. pr. eod. [c] L. 52. §. 2. eod. [d] L. 58. pr. §. 1. L. 67. §. 1. eod. [e] L. 38. §. 1. eod. [f] L. 52. §. 2. L. 72. eod. §. 9. J. h. t. [g] L. 3. §. 1. L. 52. §. 16. L. 73. 74. eod. [h] L. 73. in f. eod. cf. L. 27. eod. [i] L. 59. §. 1. eod. [k] L. 52. §. 17. 18. L. 53...57. D. h. t. [l] L. 32. eod. §. 2. J. de poena tem. litig. 4. 16. [m] L. 82. D. h. t. cf. L. 1. §. ult. L. 2...4. §. 2. D. de exercit. act. 14. 1. L. 13. §. 2. D. de instit. 14. 3. L. 44. §. 1. D. de aedil. ed. 21. 1.

Anm. [1] L. 72. D. h. t. Socius socio etiam culpae nomine tenetur, id est, desidiae atque negligentiae. Culpa autem non ad exactissimam diligentiam dirigenda est; sufficit etenim, talem diligentiam communibus rebus adhibere, qualem suis rebus adhibere solet, quia qui parum diligentem sibi socium adquirit, de se queri debet. Vgl. §. 250.

[2] Ueber die Frage, ob bei der societas omnium bonorum die Sachen aller Gesellschafter ipso iure gemeinschaftliche werden, vgl. §. 145. Anm. 1.

[3] Ueber die mögliche Concurrenz dieser Klage mit andern Klagen vgl. a) L. 38. §. 1. L. 43. D. h. t. b) L. 45 . . . 51. eod. c) L. 69. eod. Quum societas ad emendum coiretur, et conveniret, ut unus reliquis nundinas, id est, epulas (Hal. *nundinarias epulas;* vielleicht *nundinarum impensas?* Mühlenbruch §. 418.) praestaret, eosque a negotio (Vulg. Hal. *ad negotium*) dimitteret, si eas iis non solverit, et pro socio et ex vendito cum eo agendum est. Vgl. Leist in Linde's Ztschr. XVII. 10. — Ueber das beneficium competentiae unter Gesellschaftern vgl. §. 225. Anm. 3.

[4] Vgl. Vang. §. 653. und, mit Rücksicht auf das heutige Recht besonderer Arten von Gesellschaften, Thöl, Handelsrecht, §. 37. 42. 46. Bluntschli, deutsches Privatrecht II. §. 133...139. vgl. Seuffert's Arch. II. 178. 179. 287. 288. III. 195. 197. 360. IV. 115. V. 164. VI. 194.

§. 319.

c) Endigung der Gesellschaft.

Die Gesellschaft wird aufgehoben [a]:

1) nicht blos durch gemeinsamen Beschluß aller Gesellschafter, sondern auch durch einseitige Aufkündigung jedes einzelnen [b], welche jedoch nicht hindert, daß die übrigen, vermöge neuer oder auch zu Anfang schon für solchen Fall getroffener Verabredung, fernerhin in Gesellschaft bleiben [c]. Die Aufkündigung kann durch Anstellung der Klage oder auf andere Weise geschehen [d], auch durch oder an einen Stellvertreter [e]. Wird dem Abwesenden gekündigt, so wirkt so lange, bis dieser Kenntniß davon erhalten hat, die Gesellschaft noch als bestehend fort rücksichtlich der Pflichten, nicht auch rücksichtlich der Rechte des kündigenden Gesellschafters [f]. Gleiches gilt bei arglistiger Kündigung rücksichtlich dessen, was dadurch der Gesellschaft entzogen werden sollte [g]. Auch erzeugt überhaupt die unzeitige Aufkündigung für die Mitgesellschafter einen Anspruch auf Entschädigung [h], und gleich der unzeitigen wirkt, bei Festsetzung einer bestimmten Zeitdauer, die vorzeitige Kündigung, wenn sie

[a] L. 4. §. 1. L. 63. § 10. D. h. t. §. 4...8. J. h. t. [b] L. 63. in f. l. 65. §. 3. D. h. t. [c] arg. L. 65. §. 9. eod. [d] L. 65. pr. eod. [e] L. 65. §. 7. 8. eod. [f] L. 17. §. 1. eod. [g] L. 65. §. 3. eod. §. 4. J. h. t. [h] L. 17. §. 2. L. 65. §. 4. D. eod.

nicht durch besondere Gründe gerechtfertigt ist [i]. Die Verabredung der Unauflöslichkeit der Gesellschaft bewirkt keine Aenderung bezüglich des Aufkündigungsrechtes [1].

2) durch den Tod eines Gesellschafters, jedoch unbeschadet der Verabredung, daß die Gesellschaft unter den übrigen fortbestehen solle [k]. Der Erbe tritt der Regel nach [2] nicht von selbst in die Gesellschaft ein, auch wenn dies im voraus verabredet ist [l]; doch ist er verpflichtet, was der Erblasser in Angelegenheiten der Gesellschaft begonnen, mit Sorgfalt zu erledigen [m].

3) durch Concurs oder Confiscation des Vermögens eines Gesellschafters [n].

4) durch Unmöglichkeit oder Beendigung des Geschäftes, zu welchem die Gesellschaft eingegangen [o], desgleichen durch Untergang des Gegenstandes, dessen Gemeinschaft bezweckt ist [p].

5) durch Ablauf der Zeit, für welche die Gesellschaft eingegangen ist, sofern sie nicht, ausdrücklich oder stillschweigend, weiter erstreckt wird [q].

Alle diese Endigungsgründe heben übrigens nur die Gesellschaft, nicht die durch dieselbe bereits begründeten Forderungen auf, wegen deren vielmehr jetzt noch, und so auch für und gegen die Erben eines Gesellschafters, die actio pro socio stattfindet [r].

Anm. [1] L. 14. h. t. Si convenerit inter socios, ne intra certum tempus communis res dividatur, non videtur convenisse, ne societate abeatur. Quid tamen, si hoc convenit, ne abeatur, an valeat? Eleganter Pomponius scripsit, frustra hoc convenire; nam etsi non convenit, si tamen intempestive renuntietur, esse pro socio actionem; sed etsi convenit, ne intra certum tempus societate abeatur, et ante tempus renuntietur, potest rationem habere renuntiatio . . . L. 65. §. 3. eod. . . . Cassius scripsit, eum, qui renuntiaverit societati, a se quidem liberare socios suos, se autem ab illis non liberare: quod utique observandum est, si dolo malo renuntiatio facta sit . . . §. 6. ibid. Item qui societatem in tempus coiit, ante tempus renuntiando socium a se, non se a socio liberat.

[2] L. 59. pr. h. t. Adeo morte socii solvitur societas, ut nec ab initio pacisci possimus, ut heres succedat societati. Haec ita in privatis societatibus ait; in societate vectigalium nihilominus manet societas et post mortem alicuius etc. cf. L. 63. §. 8. eod. — Nach R. R. bewirkt gleich dem

[i] L. 14...16. L. 65. §. 6. eod. [k] L. 65. §. 9. eod. §. 5. J. h. t. [l] L. 35...37. L. 52. §. 9. L. 59. pr. L. 63. §. 8. L. 65. §. 9. 11. D. eod. [m] L. 40. eod. [n] L. 4. §. 1. L. 65. §. 1. 12. eod. §. 7. 8. J. h. t. [o] §. 6. J. eod. L. 58. pr. D. eod. [p] L. 63. §. 10. eod. [q] L. 1. pr. L. 65. §. 6. eod. [r] L. 63. §. 8. eod.

Tode auch maxima und media capitis deminutio eines Socius die Endigung der Gesellschaft. L. 63. §. 10. eod. Ueber das heutige Recht, namentlich bei Handelsgesellschaften: Bluntschli a. a. O. §. 133. 137. vgl. Seuffert's Arch. III. 319.

§. 320.

5) Gemeinschaft.

Eine Gemeinschaft von Vermögensrechten erzeugt schon an sich, ohne Rücksicht darauf, ob sie durch Vertrag entstanden sey oder nicht [1], ein gegenseitiges Verpflichtungsverhältniß unter den Theilnehmern (socii im w. S.). Ihm entsprechen besondre Klagen, die actio familiae erciscundae, welche die Gemeinschaft unter Miterben betrifft [a], und die actio communi dividundo [b], welche zunächst auf jede Gemeinschaft von Eigenthum sich bezieht [c], analog aber auch bei Gemeinschaft anderer Rechte, die mehreren pro partibus indivisis zustehen können, Anwendung findet [d]. Mittels dieser Klage kann jeder Genosse Theilung des gemeinschaftlichen Gutes und somit Aufhebung der Gemeinschaft herbeiführen [e], aber auch Ansprüche geltend machen, die bezüglich der Gemeinschaft durch Verwendungen von seiner Seite [2], durch Beschädigung oder Bezug der Nutzungen von Seiten der andern Theilnehmer entstehen können [f]. Die Theilnehmer haften einander, soweit sich einer mit dem gemeinschaftlichen Gute befaßt, gleich den Gesellschaftern, für die in eigener Angelegenheit ihnen gewöhnliche Sorgfalt [g].

Der Theilungsrichter hat, nach Abwägung der gegenseitigen Ansprüche der Theilhaber und mit Festhaltung des unter ihnen gültig Verabredeten [h], nach billigem Ermessen [i] durch Zuspruch und Verurtheilung die Auseinandersetzung unter den Parteien zu bewirken [k]. Er kann nach Umständen dem einen und dem andern Theilhaber verschiedene bisher gemeinschaftliche Sachen oder reelle Theile derselben Sache oder auch einem allein den ganzen Streitgegenstand

[a] Dig. familiae erciscundae 10. 2. Cod. 3. 36. [b] Dig. communi dividundo 10. 3. Cod. 3. 37. cf. Cod. communia utriusque iudicii tam familiae erciscundae quam communi dividundo. 3. 38. §. 20. J. de act. 4. 6. vgl. §. 97. Anm. 5. §. 99. [c] L. 1. 4. pr. §. 1. D. h. t. 10. 3. L. 19. pr. eod. (§. 133.) [d] L. 7. pr. §. 2. 6…9. eod. L. 1. §. 8. D. de superfic. 43. 18. cf. L. 10. §. 1. L. 19. §. 1. 2. 4. D. h. t. 10. 3. vgl. §. 53. §. 178. not. f. §. 196. not. p. [e] L. 14. §. 2. D. h. t. L. 8. pr. eod. L. 5. Cod. h. t. 3. 37. [f] L. 3. pr. L. 4. §. 3. L. 6. pr. §. 1…5. 7. L. 8. §. 2…4. L. 9. 10. pr. L. 14. pr. §. 1. L. 28. 29. D. h. t. §. 3. J. de obl. quasi ex contr. 3. 27. L. 4. Cod. h. t. [g] L. 25. §. 16. 18. D. fam. erc. 10. 2. L. 26. D. comm. div. 10. 3. L. 4. Cod. h. t. [h] L. 3. §. 1. D. h. t. [i] L. 21. D. eod. [k] §. 4. 5. J. de off. iud. 4. 17. §. 146. 188. not. g.

gegen Entschädigung des andern zusprechen [1], dabei auch etwa Dienstbarkeiten auflegen [m], und über das Wie? und Wem? in Ermangelung andrer Entscheidungsgründe selbst das Loos entscheiden lassen. Das angemessenste Verfahren ist wohl in den meisten Fällen, namentlich wo reelle Theilung unzulässig erscheint, dieses, durch Versteigerung, entweder nur unter den Theilhabern oder auch mit Zulassung anderer Bieter, zu ermitteln [n], wem das gemeinschaftliche Gut zu überlassen und welche Abfindung den andern dafür zuzuerkennen sey [3].

Das Theilungsurtheil, das übrigens nur unter den streitenden Parteien [4] und deren Rechtsnachfolgern wirkt [o], kann nur in der Weise und aus gleichen Gründen wie ein anderes Urtheil angefochten werden. Eine außergerichtliche Theilung kann nicht nur wegen Betrugs, sondern auch wegen jeder erheblichen Verkürzung, die ein Theilhaber wider Willen dadurch erleidet, angefochten werden [p] und zu einem neuen richterlichen Theilungsverfahren Anlaß geben [5].

Anm. [1] L. 2. pr. D. h. t. 10. 3. Nihil autem interest, cum societate an sine societate res inter aliquos communis sit; nam utroque casu locus est communi dividundo iudicio. Im letzten Fall nennt man die Gemeinschaft heutzutage *communio incidens.* Vgl. L. 25. §. 16. D. fam. erc. „cum coherede non contrahimus, sed *incidimus* in eum.“ L. 31. D. pro socio . . . Communiter autem res agi potest etiam citra societatem, utputa quum non affectione societatis *incidimus in communionem*, ut evenit in re duobus legata etc.

[2] Ueber den Fall, wenn ein Theilhaber für die gemeinschaftliche Sache Verwendungen gemacht hat, indem er sie für sein Alleineigenthum hielt oder in der Person des Miteigenthümers irrte, vgl. L. 14. §. 1. D. h. t. . . . Hoc enim casu, ubi quasi in rem meam impendo, tantum retentionem habeo, quia neminem mihi obligare volui. At quum puto rem esse . . . mihi communem cum alio, quam est, id ago, ut alium mihi obligem, et sicut negotiorum gestorum actio datur adversus eum, cuius negotia curavi, quum putarem alterius ea esse, ita et in proposito. vgl. §. 298. Anm. 2. — Ueber den Fall, wenn einer ohne Noth auch für seine Genossen mithandelte, s. L. 6. §. 2. eod. Non alias communi dividundo iudicio locus erit, . . . nisi id demum gessit, sine quo partem suam recte administrare non potuit; alioquin, si potuit, habet negotiorum gestorum actionem eaque tenetur. L. 6. §. 7. eod. L. 40. D. de neg. gest. 3. 5.

[l] §. 5. J. cit. L. 47. pr. L. 55. D. fam. ercisc. 10. 2. [m] L. 16. §. 1. eod. L. 6. §. 10. L. 7. §. 1. D. h. t. [n] L. 1. 3. Cod. h. t. 3. 37. cf. L. 78. §. 4. D. de iure dot. 23. 3. [o] L. 17. Cod. fam. erc. 3. 36. L. 27. D. eod. cf. L. 17. D. de usucap. 41. 3. [p] L. 3. Cod. comm. utr. iud. 3. 38.

3 L. 3. in f. Cod. h. t. 3. 37. Ad licitationem nonnunquam etiam extraneo emtore admisso, maxime si se non sufficere ad iusta pretia alter ex sociis sua pecunia vincere vilius licentem *(licitantem)* profiteatur. Vgl. jedoch Seuffert's Arch. I. 261. — Eine besondere Vorschrift: L. 34. §. 2. Cod. de donat. 8. 54. (§. 81. Anm. 2.) — Die Theilung schließt übrigens bald einen Kauf, bald einen Tausch in sich; daher denn auch die Möglichkeit einer Evictionsverbindlichkeit. L. 20. §. 3. D. fam. erc. 10. 2. L. 14. Cod. eod. 3. 36. L. 1. Cod. comm. utr. 3. 38.

4 Vgl. insbesondere „über die Theilung unter wenigen von mehreren Communions-Interessenten" Zimmermann im civ. Arch. XXXIV. 9.

5 L. 3. Cod. 3. 38. Maioribus etiam, per fraudem vel dolum vel perperam sine iudicio factis divisionibus, solet subveniri, quia in bonae fidei iudiciis, quod inaequaliter factum esse constiterit, in melius reformabitur. cf. Cons. vet. Icti cap. 2. vgl. Seuffert's Arch. IV. 222. 223.

§. 321.

6) Gränzscheidung [a].

Für den Fall, daß die Gränzen anstoßender [b] ländlicher [c] Grundstücke (praedia rustica) streitig und dadurch also ungewiß sind, gibt es eine besondere persönliche Klage [d], actio finium regundorum, Gränzscheidungsklage, welche den Eigenthümern oder auch andern dinglich berechtigten Inhabern der fraglichen Grundstücke gegen einander zusteht [e]. Sie bezweckt zunächst Ermittelung und Feststellung der wahren Gränzen [f], die alsdann durch sichtbare Zeichen kenntlich zu machen sind; wenn aber die Ungewißheit nicht gehoben werden kann, so nimmt sie die Natur einer Theilungsklage an; sie geht sodann auf Theilung des streitigen Gränzstrichs, welcher als gemeinschaftlich behandelt wird, und es kann selbst auch aus Gründen der Zweckmäßigkeit die Gränzlinie neu bestimmt werden [g]. Daher wird die Klage mit der actio communi dividundo und familiae erciscundae zusammengestellt; sie ist, wie diese, duplex actio [h], und es können dabei gleichfalls verschiedenartige gegenseitige Ersatzansprüche vorkommen [i].

Anm. Ueber das Geschichtliche dieser Klage vgl. Rudorff in der Ztschr. f. gesch. Rtsw. X. 7. Puchta Inst. II. §. 234. Rudorff's gromatische Institutionen in den Schriften der röm. Feldmesser II. S. 433. fg. — Eine neue Ansicht über das Wesen dieser Klage ist aufgestellt von Wiederhold in Linde's Ztschr.

a Dig. finium regundorum. 16. 1. Cod. 3. 39. b L. 4. §. 11. L. 5. 6. D. h. t. c L. 2. pr. L. 4. §. 10. eod. d L. 1. eod. e L. 4. §. 7...9. eod. f L. 8. §. 1. L. 11. 12. eod. cf. L. 3. Cod. h. t. g L. 2. §. 1. L. 3. D. eod. §. 6. J. de off. iud. 4. 17. h L. 10. eod. i L. 4. §. 1...3. eod.

XIII. 3.; sie soll nur auf Abmarkung durch Aufstellung von Gränzzeichen gehen, um künftigen Gränzirrungen vorzubeugen. Dagegen Sternberg ebendaselbst XVII. 13. Puchta Pand. §. 374. und dessen kleine Schriften S. 347. fg. Hoffmann im civ. Arch. XXXI. 16. Vang. III. §. 658. Seuffert's Arch. V. 16. 17. 282.

II. Obligationen aus unerlaubten Handlungen, und verwandte Fälle.

§. 322.

Aus unerlaubten Handlungen entstehen nach römischem Rechte theils Ersatz-, theils Straf-Forderungen, welche bald durch reine Ersatz- oder Straf-Klagen, bald vereint durch gemischte Klagen geltend zu machen sind (§. 98.). Den Anspruch auf Privatstrafe hat jedoch die gemeinrechtliche Praxis in den meisten Fällen beseitigt, und ist dadurch die Lehre von diesen Obligationen in ihren praktischen Resultaten sehr vereinfacht worden. Gleichwohl ist es angemessen, für die einzelnen Fälle zunächst immer die Bestimmungen des römischen Rechts voranzustellen, da zumal die Theorie über die Gränzen ihrer heutigen Anwendbarkeit bis zur neuesten Zeit einigermaßen unsicher und schwankend gewesen ist.

§. 323.

A. Entwendung.

Eine Entwendung, furtum [a], begeht, wer eine bewegliche [b] Sache nimmt [c], in der Absicht, widerrechtlichen Gewinn zu machen [d], und dadurch auch in der That das Recht eines Andern verletzt [e]. Nach römischem Recht entsteht daraus für jeden, welcher durch die Entwendung in seinem rechtlichen Interesse verletzt worden ist [f], eine Strafklage, actio furti, gegen den Dieb und dessen Gehülfen [g], und zwar gegen jenen auf Bezahlung des vierfachen Sachwerthes, beziehungsweise Interesses [h], wenn er bei der That betreten worden ist (furtum manifestum), sonst, d. i. wegen furtum nec manifestum, auf das Doppelte [i]. Außerdem gibt es für den

[a] Dig. de furtis. 47. 2. Cod. 6. 2. Inst. de obl. quae ex delicto nascuntur. 4. 1. cf. Gai. III. 183…208. Pauli sentt. II 31. [b] L. 25. pr. D. h. t. §. 7. J. de usucap. 2. 6. cf. Gai. II. 51. [c] L. 1. 67. pr. D. h. t. L. 43. pr. L. 44. pr. §. 1. eod. §. 3. 4. J. l. c. cf. pr. J. vi bon. rapt. 4. 2. [d] L. 1. §. 3. L. 43. §. 4…11. L. 54. §. 1. D. h. t. §. 7. J. h. t. [e] L. 43. §. 5. L. 46. §. 8. D. eod. L. 19. §. 5. 6. L. 20. §. 1. L. 40. 54. pr. §. 1. eod. §. 1. 6. 10. 14. J. h. t. [f] §. 13…17. J. eod. L. 10…14. D. eod. [g] §. 11. 12. 19. J. eod. L. 21. §. 9. L. 34. D. eod. [h] L. 27. pr. L. 50. pr. D. eod. [i] §. 5. J. h. t. L. 2…8. D. eod.

Eigenthümer der entwendeten Sache eine nicht als Delictsklage angesehene, sondern durch das unrechtliche Haben der Sache an sich begründete Ersatzklage, condictio furtiva s. ex causa furtiva [k], gerichtet auf Rückgabe der Sache nebst Zubehör, beziehungsweise vollen Schadenersatz [l], gegen den Dieb und dessen Erben [m], gegen mehrere Diebe als solidarisch verpflichtete Schuldner [n], die aber als reine Ersatzklage wegfällt, sobald der Verletzte einmal vollen Ersatz erhalten hat [o]. Analog wird eine solche Klage als incerti condictio auch dem Pfandgläubiger beigelegt [p], und im Fall widerrechtlicher Besitzentziehung unbeweglicher Sachen angewendet [q].

Nach heutigem Recht nun findet die actio furti als Strafklage überall nicht mehr statt; eine Klage auf einfachen Ersatz aber muß jedem eingeräumt werden, dessen rechtliches Interesse durch die Entwendung verletzt ist, auch wenn die condictio furtiva nach römischem Recht nicht begründet wäre.

Anm. 1 L. 1. §. 3. D. h. t. 47. 2. Furtum est contrectatio rei fraudulosa, lucri faciendi gratia, vel ipsius rei vel etiam usus eius possessionisve. Vgl. überhaupt: Dollmann, die Entwendung nach den Quellen des gem. Rts. Kempten 1834. Wächter im Rtslex. III. S. 354. fg.

2 In der PGO. von Karl V., Art. 157. 158., ist die Privatstrafe des Doppelten und Vierfachen noch anerkannt bei dem einfachen geringen Diebstahl (unter 5 Goldgulden); aber auch in diesem Fall ist sie außer Gebrauch gekommen. Dollmann a. a. O. S. 112.

3 Wegen gewaltthätiger Entziehung beweglicher Sachen hat das R. R. noch eine besondere (prätorische) Klage, actio vi bonorum raptorum, und zwar intra annum utilem auf das Vierfache, welche als mixta actio einerseits mit der actio furti, andererseits mit der condictio furtiva concurrirt. Vgl. Inst. vi bonorum raptorum. 4. 2. Dig. 47. 8. Cod. 9. 33. Sodann kommt eine gleiche Klage vor für den Fall der Entwendung in Feuersnoth und andern Unglücksfällen. Dig. de incendio, ruina, naufragio. 47. 9. Die Auszeichnung dieser Fälle hat heutzutage civilrechtlich kein Interesse mehr.

4 Aus besondern Gründen wird im R. R. ein furtum nicht angenommen bei Erbschaftssachen, so lange der Erbe nicht Besitz von ihnen genommen hat, es möchte denn eines Andern rechtliches Interesse durch die Entwendung verletzt seyn. L. 68...71. 83. D. de furt. 47. 2. cf. L. 35. D. de usucap. 41. 3. Arndts im Rh. Mus. II. S. 132. Dafür gibt es ein besonderes Rechtsmittel, crimen expilatae hereditatis, das zugleich auf außerordentliche Bestrafung und auf Restitution des Entwendeten geht. Dig. expilatae hereditatis. 47. 19.

k Dig. de condictione furtiva. 13. 1. Cod. 4. 8. cf. §. 14. J. de action. 4. 6. l L. 3. 7. 8. L. 14. §. 2. 3. D. l. c. L. 2. Cod. l. c. m L. 4...6. L. 7. §. 2. L. 16. eod. n L. 1. Cod. l. c. o L. 10. pr. D. l. c. L. 1. Cod. l. c. p L. 12. §. 2. D. l. c. cf. L. 22. pr. D. de pign. act. 13. 7. q L. 25. §. 2. D. de furt. 47. 2.

Cod. 9. 32. Nach heutigem Recht ist auch diese Besonderheit von keiner Bedeutung mehr.

B. Beschädigung.

§. 324.

1) Entschädigungspflicht nach der lex Aquilia [a].

Nach der lex Aquilia [1] und deren analoger Ausdehnung [b] ist jeder, welcher durch sein schuldvolles also widerrechtliches Thun [c], es sey mit bösem Vorsatz oder nur aus Mangel gehöriger Vorsicht [d], eine Sache beschädigt oder vernichtet oder doch denselben Effect hervorbringt, als ob sie vernichtet wäre [e], oder den Körper einer freien Person verletzt [f], verpflichtet, für den dadurch gestifteten Schaden (damnum iniuria datum) dem Beschädigten vollen Ersatz zu leisten [g]. Die Klage darauf ist die actio legis Aquiliae, directa oder utilis und in factum actio accommodata legi Aquiliae [h]. Sie steht nicht blos dem Eigenthümer [i], sondern auch, selbst gegen diesen, andern dinglich berechtigten Personen [k], beziehungsweise dem körperlich Verletzten [l] oder dessen Gewalthaber [m] zu. Nach römischem Rechte geht sie gegen den Läugnenden auf das Doppelte [n], und hat auch außerdem den Charakter einer Strafklage [o] vermöge der Bestimmung, daß der höchste Werth der Sache im letzten Jahre (bei Tödtung von Sklaven oder vierfüßigem Vieh) oder in den letzten dreißig Tagen (bei anderer Schadensstiftung) der Schätzung zum Grunde zu legen sey [p]. Nach heutigem Recht gilt sie überall nur als bloße Ersatzklage, die aber als Delictsklage nur mit Beschränkung gegen den Erben geht [q]. Nur rücksichtlich des Beweises des Werthes kommt dem Kläger noch jetzt jene Zeitbestimmung zu Gute, und mehrere Schuldige haften ihm solidarisch [r]. Im Fall der Körperverletzung eines Freien geht nach römischem

[a] Inst. de lege Aquilia. 4. 3. Dig. ad legem Aquiliam. 9. 2. Cod. 3. 35. [b] §. 16. J. h. t. L. 27. §. 19...21. L. 30. §. 2. L. 33. §. 1. D. h. t. [c] L. 13. §. 2. D. de usufr. 7. 1. L. 30. §. 3. D. h. t. cf. L. 4. 5. pr. L. 29. §. 1. L. 49. §. 1. eod. [d] L. 5. §. 1...3. L. 6. L. 8. §. 1. L. 10. L. 44. D. eod. (§. 85.) [e] L. 7. §. 1. et sq. L. 27. §. 5. et sq. eod. [f] L. 5. §. 3. ... L. 7. pr. §. 4. L. 13. pr. eod. [g] L. 21. §. 2. ... L. 23. §. 6. L. 29. §. 3. L. 33. 37. §. 1. eod. (§. 206.). [h] L. 11. D. de praescript. verb. 19. 5. L. 9. §. 2. 3. L. 29. §. 5. L. 33. §. 1. L. 53. D. h. t. §. 16. J. eod. [i] L. 2. pr. L. 11. §. 6. L. 27. §. 5. eod. cf. L. 19. 20. eod. [k] L. 11. §. 8. 10. L. 12. L. 17. pr. eod. [l] L. 13. pr. eod. [m] L. 7. pr. §. 4. eod. [n] L. 2. §. 1. L. 23. §. 10. eod. L. 4. Cod. h. t. (§. 252.). [o] §. 9. J. h. t. L. 11. §. 2. 4. D. h. t. (§. 105.) [p] §. 10. J. h. t. L. 2. pr. §. 2. L. 21. 22. 23. §. 3. L. 27. §. 5. L. 29. §. 8. D. h. t. [q] §. 9. J. l. c. L. 23. §. 8. D. h. t. §. 104. Anm. 2. [r] L. 11. §. 2. eod. (§. 214.).

Recht die Klage nur auf Ersatz des verursachten Vermögensschadens, durch Heilungskosten und Verlust an Arbeitsgewinn [s]; nach heutigem Recht hat der Verletzte auch Anspruch auf ein sog. Schmerzengeld [2].

Anm. [1] Ueber den Inhalt des Gesetzes vgl. a) L. 2. pr. D. h. t. Lege Aquilia capite primo cavetur: *Qui servum servamve alienum alienamve, quadrupedem vel (quadrupedemve?) pecudem occiderit, quanti id in eo anno plurimi fuit, tantum domino aes dare damnas esto.* b) L. 27. §. 4. eod. Huius legis secundum quidem capitulum in desuetudinem abiit. cf. Gai. III. 215. 216. c) L. 27. §. 5. eod. Tertio autem capite ait eadem lex Aquilia: *Ceterarum rerum, praeter hominem et pecudem occisos, si quis alteri damnum faxit, quod usserit fregerit ruperit iniuria, quanti ea res erit in diebus triginta proximis, tantum aes domino dare damnas esto.*

[2] Vgl. PGO. Art. 20. „... Sollen ... dem, so wider recht ... gemartert wer, seiner schmach, schmerzen, kosten und schaden der gebür ergetzung zu thun schuldig sein." Seuffert's Arch. I. 65. 220. IV. 227. Dagegen L. 7. D. de his qui effud. 9. 3. Cicatricum autem aut deformitatis nulla fit aestimatio, quia liberum corpus nullam recipit aestimationem. — Die Praxis gibt zudem auch den Angehörigen des Verletzten oder Getödteten Anspruch auf lebenslängliche Unterstützung, nach dem Maße, wie sie solche von jenem zu erwarten hatten. Sint. §. 125. not. 21.

§. 325.

2) Besondere Fälle.

Besondere Klagen gibt das römische Recht noch 1) wegen böswilliger Schadensstiftung in einem Auflauf, damnum in turba datum, intra annum in duplum, post annum in simplum [a]; 2) wegen des in Feuersnoth oder andern Unglücksfällen absichtlich gestifteten Schadens, intra annum in quadruplum, post annum in simplum [b]; 3) wegen heimlichen Abhauens fremder Bäume oder Stauden, actio arborum furtim caesarum, auf das Doppelte [c]; 4) wegen böswilliger Verletzung einer Grabstätte, actio sepulcri violati [d], auf eine durch richterliches Ermessen zu bestimmende Summe für den speciell Berechtigten, eventuell als Popularklage auf eine Strafe von 100, und wenn die Verletzung durch Wohnen oder Verbauen geschah, von 200 aurei; 5) wegen unberechtigter Bestattung eines Todten, de mortuo illato, auf Wiederherstellung und arbiträre Geldstrafe [e]; 6) gegen Pächter öffentlicher Einkünfte

[s] L. 7. pr. eod. L. 7. D. de his qui effud. 9. 3.

[a] L. 4. D. vi bon. rapt. 47. 8. [b] L. 1. pr. D. de incendio. 47. 9. §. 323. Anm. 3.

[c] Dig. arborum furtim caesarum 47. 7. [d] Dig. de sepulcro violato. 47. 12.

[e] L. 2. §. 2. D. de religios. 11. 7.

wegen der von ihnen oder ihren Dienern und Gehülfen in Beziehung auf ihr Geschäft verübten Beschädigungen, innerhalb eines Jahres, wenn sie nicht freiwillig Ersatz leisten, auf das Doppelte, später aufs Einfache [f]; 7) gegen denjenigen, welcher einen öffentlichen Weg auf das Grundstück eines Andern ausdehnt oder hinüberdrängt, viae receptae (oder reiectae?) actio, auf Entschädigung [g].

Nach heutigem Recht findet in allen diesen Fällen nur einfacher Schadenersatz, keine Privatstrafe mehr statt, und sind sie daher civilrechtlich nicht mehr besonders auszuzeichnen, sofern sie ohnehin schon unter die Lex Aquilia (§. 324.) fallen.

§. 326.

3) Haftung für Beschädigung durch Andere.

Wem durch Hinauswerfen oder Ausgießen aus einem an gangbarem Orte belegenen Hause eine Beschädigung zugefügt ist, der kann nicht nur den Thäter selbst mit der Aquilischen Klage [a], sondern auch statt dessen den Bewohner jenes Hauses oder des bestimmten Theiles desselben mit der prätorischen actio de effusis vel deiectis auf Schadenersatz belangen [b].

Anm. 1 Zu beachten a) solidarische Haftung mehrerer Mitwohner desselben Quartiers, mit Regreßansprüchen unter sich pro rata parte. L. 1. §. 10... L. 4. D. h. t. b) Regreß gegen den wirklichen Thäter. L. 5. §. 4. eod. c) Utilis actio bei nicht bewohnten Gebäuden und Schiffen. L. 5. §. 3. L. 6. §. 3. eod. d) Anwendung der Klage wegen Herunterfallens von ausgestellten oder ausgehängten Sachen. L. 1. §. 3. eod. cf. L. 5. §. 12. eod.

2 Nach R. R. geht die Klage wegen beschädigter Sachen auf das Doppelte. L. 1. pr. §. 4. D. h. t. Im Fall der Tödtung eines Freien gibt es eine Popularklage auf eine Strafe von 50 aurei. L. 1. pr. §. 5. eod. Außerdem hat dasselbe noch eine Popularklage auf 10 aurei wegen gefahrdrohenden Ausstellens oder Aushängens von Sachen, actio de posito vel suspenso. L. 5. §. 6...13. D. h. t. §. 1. J. l. c. Alles dieses ist nicht mehr praktisch; statt der Popularklagen tritt heutzutage öffentliche Strafe ein (Criminal- oder Polizeistrafe).

3 Ueber einen andern Fall der Haftung für Beschädigung durch Andere vgl. §. 289.

§. 327.

4) Beschädigung durch Thiere.

Wenn ein Thier, ohne Zuthun eines Menschen, durch eine seiner Gattung nicht gewöhnliche Wildheit (contra naturam sui

[f] L. 1...6. D. de publicanis. 39. 4. [g] L. 3. pr. D. de via publ. 43. 11.

[a] L. 31. D. ad leg. Aquil. 9. 2. [b] Dig. de his qui effuderint vel deiecerint. 9. 3. §. 1. 2. J. de obl. quasi ex del. 4. 5. vgl §. 324. Anm. 2.

generis) Schaden verursacht hat, so kann der Beschädigte den Eigenthümer mit der actio de pauperie auf Schadensersatz belangen [a], dieser jedoch durch Hingeben des Thiers (noxae datio) von der Ersatzverbindlichkeit sich befreien [1]. Eine eigene Klage, actio de pastu [b], übrigens mit gleicher Wirkung, kommt vor, wenn ein Thier, ohne positives Verschulden eines Menschen, fremde Früchte abgeweidet hat [2]. Gegen denjenigen, welcher gefährliche Thiere an einem gangbaren Orte hält, gab das Aedilitische Edict eine Klage auf doppelten Ersatz wegen durch sie beschädigter Sachen, auf Ersatz und arbiträre Geldstrafe wegen Verwundung, und auf eine Strafe von 200 solidi wegen Tödtung eines Freien [c]. Heutzutage findet auch hier nur einfacher Schadenersatz und nach Umständen eine arbiträre Criminalstrafe statt.

Anm. [1] L. 1. pr. D. h. t. Si quadrupes pauperiem fecisse dicetur, actio ex lege XII tabb. descendit; quae lex voluit aut dari id quod nocuit, id est id animal, quod noxiam commisit, aut aestimationem noxiae offerri. (vgl. L. 4. eod. Haec actio utilis competit, et si non quadrupes, sed aliud animal pauperiem fecit). Die Klage ist demnach noxalis actio, wobei die Regel gilt: noxa caput sequitur. L. 1. §. 12...16. D. h. t. cf. L. 12. 13. 30. D. de noxal. act. 9. 4. — Nach R. R. kamen Noxalklagen noch vor wegen der von Sklaven (nach älterem Recht auch wegen der von Hauskindern) begangenen Delicte. D. de noxal. act. 9. 4. Cod. 3. 41. Inst. 4. 8. Diese sind von selbst weggefallen. Vgl. übrigens Zimmern, System der Noxalklagen. Heidelberg 1818. — Weiter geht die neuere Gesetzgebung, z. B. Code Nap. art. 1384. On est responsable non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes, dont on doit repondre (namentlich: enfants mineurs, domestiques et préposés, éleves et apprentis) . . . à moins que les pères et mères, les instituteurs et artisans ne prouvent, qu'ils n'ont pu empêcher le fait, qui donne lieu à cette responsabilité. Art. 1385. Le propriétaire d'un animal, ou celui qui s'en sert, est responsable du dommage que l'animal a causé, soit que l'animal fut sous sa garde, soit qu'il fut égaré ou échappé.

[2] Eine actio de pastu, als noxalis actio ohne Voraussetzung Aquilischer Culpa, wird von manchen geleugnet. Seuffert §. 430. not. 3. Sint. §. 127. not. 29. Sie ist allerdings nur indirect in einer Stelle der Pandecten erwähnt, die erst durch Paul. l. c. ihre nähere Erklärung erhält (not. b.). Aber da sie dort noch als besondere praktische Klage vorausgesetzt wird, muß sie wohl auch als verschieden von der utilis legis Aquiliae actio (L. 6. Cod. 3. 35.) anerkannt werden.

[a] Inst. si quadrupes pauperiem fecisse dicatur. 4. 9. Dig. 9. 1. [b] arg. L. 14. §. 3. D. de praescript. verb. 19. 5. cf. Pauli sentt. I. 15. §. 1. L. 6. Cod. de lege Aquil. 4. 35. [c] L. 40. §. 1...L. 42. D. de aed. ed. 21. 1.

§. 328.

5) Beschädigung durch andere Sachen. Cautio damni infecti [a].

Wenn wegen der mangelhaften Beschaffenheit eines Grundstücks [1], die nicht lediglich in dessen natürlichem Zustande seinen Grund hat [b], insbesondere wegen der Mangelhaftigkeit von Bauten und andern Anlagen [2], Schaden für ein Grundstück zu befürchten ist, so kann derjenige, welchem jenes Grundstück oder das gefahrdrohende Werk auf demselben gehört [3], falls er nicht dasselbe aufzugeben vorzieht [c], von dem Bedrohten [4], der aber zuvor den Gefährdeeid zu schwören hat [d], angehalten werden, sich durch ausdrückliches Versprechen zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens [e] zu verpflichten, d. i. cautionem damni infecti zu leisten [5]. Weigert er sich dessen, so wird der Berechtigte durch richterliche Verfügung in den Besitz der gefahrdrohenden Sache eingewiesen, zunächst blos custodiae causa, ohne Verdrängung des Verpflichteten, d. i. missio in possessionem ex primo decreto [f], nach angemessener Frist aber, wenn diese ohne Erfolg bleibt, durch eine zweite Verfügung so, daß das Recht des Verpflichteten [6] dem Cautionsberechtigten gänzlich eingeräumt wird, d. i. missio in possessionem ex secundo decreto [g]. Widersetzt sich der Verpflichtete der Besitzeinweisung, so hat der Berechtigte die Wahl, entweder diese durch ein prohibitorisches Interdict zu behaupten oder auch die Caution als geleistet zu betrachten und mit einer actio in factum Ersatz des eingetretenen Schadens zu fordern [h]. Aber auch außerdem wird nach bereits eingetretenem Schaden [7] dem Beschädigten durch Auflegung einer cautio de damno praeterito, beziehungsweise durch Ersatzklage oder nachträgliche Besitzeinweisung geholfen, wenn entweder das Cautionsgesuch nicht aus Nachlässigkeit unterblieben, sondern dessen Versäumung durch gerechte Gründe entschuldigt ist [i], oder der Schaden erst nach bereits angebrachtem Cautionsgesuche oder schon ertheilter Besitzeinweisung eingetreten

[a] Dig. de damno infecto et de suggrundis et protectionibus. 39. 2. [b] L. 24. §. 2. D. h. t. L. 7. pr. §. 2. L. 24. pr. §. 7 9. 12. eod. L. 27. §. 10. D. ad. leg. Aquil. 9. 2. L. 18. 29. D. de s. p. u. 8. 2. [c] L. 7. §. 2. L. 9. pr. D. h. t. [d] L. 7. pr. L. 13. §. 3. 12. 13. eod. [e] L. 24. §. 3...5. L. 28. 29. L. 37. 40. pr. eod. cf. L. 13. §. 1. D. de s. p. u. 8. 2. — L. 26. D. h. t. [f] L. 7. pr. L. 15. §. 11...15. 20. 31. 34. eod. cf. L. 4. §. 1. L. 38. §. 1. eod. [g] L. 4. §. 4...6. L. 15. §. 16. 21...27. eod. (§. 93. Anm. 3.). [h] L. 4. pr. §. 1. 2. D. ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit. 43. 4. §. 2. L. 7. pr. L. 15. §. 36. L. 16. 17. 18. §. 13...15. h. t. [i] L. 7. §. 2. ... L. 9 pr. eod.

ist, ehe jenem überhaupt eine Folge gegeben [k] oder in Folge dieser der Besitz wirklich ergriffen worden ist [l]. In andern Fällen hat der Beschädigte nur das Recht, die in seine Gewalt gekommenen beschädigenden Gegenstände zurückzuhalten, wenn ihm nicht Entschädigung gewährt wird [m]. Eine cautio de damno infecto kann übrigens auch in verschiedenen andern Fällen gefordert werden, wo nämlich Jemand kraft einer ihm zustehenden Befugniß auf fremdem Grund und Boden etwas vornehmen will, wovon für diesen ein Schaden zu befürchten steht [n].

Anm. [1] Die Hauptstelle hierüber ist L. 7. pr. §. 1. D. h. t. Praetor ait: *Damni infecti suo nomine promitti, alieno satisdari iubebo ei, qui iuraverit, non calumniae causa id se postulare, eumve, cuius nomine aget, postulaturum fuisse, in eam diem, quam causa cognita statuero. Si controversia erit, dominus sit necne, qui cavebit, sub exceptione satisdari iubebo. De eo opere, quod in flumine publico ripave eius fiet, in annos decem satisdari iubebo. Eum, cui ita non cavebitur, in possessionem eius rei, cuius nomine ut caveatur postulabitur, ire et, cum iusta causa esse videbitur, etiam possidere iubebo. In eum, qui neque caverit neque in possessione esse neque possidere passus erit, iudicium dabo, ut tantum praestet, quantum praestare eum oporteret, si de ea re ex decreto meo eiusve, cuius de ea re iurisdictio fuit, quae mea est, cautum fuisset. Eius rei nomine, in cuius possessionem misero, si ab eo, qui in possessione erit, damni infecti nomine non satisdabitur, eum, cui non satisdabitur, simul in possessione esse iubebo.* Vgl. überhaupt Vang. III. §. 678. Groh, über die Caution wegen zukünftigen Schadens. München 1854.

[2] Manche beschränken die cautio damni infecti nur auf Häuser und sonstige Vorrichtungen. Puchta §. 394. Aber vgl. L. 24. §. 12. D. h. t. „stipulatio enim hoc continet, quod vitio aedium, loci, operis damnum fit." L. 24. §. 9. eod. „si quid arborum locive vitio acciderit." L. 18. D. rat. rem hab. 46. 8. „in stipulatione damni infecti ... cavet ... *si quid ibi ruet, scindetur, fodietur, aedificabitur.*" cf. L. 24. §. 2. h. t. „Vitium autem aedium et loci ... quod accidens extrinsecus infirmiores eas facit." Weiske, quaest. iur. civ. Lipsiae 1831. nro. 1.

[3] Der Eigenthümer, L. 10. h. t.; Besitzer in gutem Glauben, L. 13. pr. eod.; Superficiar und Emphyteuta, L. 9. §. 4. L. 15. §. 26. eod.; Nutznießer, L. 9. §. 5. eod.; Pfandgläubiger, L. 11. 15. §. 25. eod. cf. L. 19. pr. eod. (§. 126. Anm. 1.). Verschiedene Berechtigte neben einander, L. 9. §. 4. 5. L. 22. pr. eod.; Miteigenthümer pro rata parte, L. 27. in f. L. 40. §. 3. eod. — Unternehmer von Anlagen auf öffentlichen Grundstücken: L. 15. §. 2. 3. L. 19. §. 1. L. 24. pr. eod.

[k] L. 15. §. 28. eod. [l] L. 15. §. 32. 34. 35. L. 44. pr. eod. [m] L. 7. §. 2. L. 9. §. 1. 2. eod. cf. L. 9. §. 3. eod. L. 5. §. 4. D. ad exhib. 10. 4. [n] L. 5. §. 4. L. 9. §. 1. L. 15. D. ad exhib. 10. 4. L. 19. § 4. D. locati. 19. 2. §. 192. not. t.

[4] L. 18. pr. h. t. Damni infecti stipulatio competit non tantum ei, cuius in bonis res est, sed etiam, cuius periculo res est; daher nicht blos dem Eigenthümer und andern dinglich Berechtigten, auch mehreren neben einander, L. 5. §. 2. L. 11. 13. §. 8. L. 39. §. 2. eod., cf. L. 27. eod., sondern auch blos obligatorisch berechtigten Inhabern, L. 13. §. 5. L. 21. 38. pr. eod. cf. L. 13. §. 4. eod.; ob auch dem bonae fidei possessor? L. 11. 13. §. 9. D. h. t. Ihering Abh. S. 104. 111. Groh S. 18. fg. Dagegen Vang. a. a. O. Jedoch: L. 13. §. 3. h. t. Quisquis igitur iuraverit de calumnia, admittitur ad stipulationem, et non inquiretur, utrum intersit eius, an non, vicinas aedes habeat, an non habeat; totum tamen hoc iurisdictioni praetoriae subiiciendum, cui cavendum sit, cui non. — Uebrigens wird vorausgesetzt, daß der Bedrohte nicht ohnehin durch eine Klage gegen den Schaden gedeckt sey: L. 13. §. 8. L. 18. §. 2. 4. L. 20. 32...34. D. h. t.; daher können nicht Miteigenthümer gegen einander Caution fordern: L. 32. cit.; jedoch streitig, ob nicht eine Ausnahme bezüglich gemeinschaftlicher Mauern stattfinde? L. 39. pr. 43. §. 1. eod. cf. L. 28. 35...37. eod. L. 13. §. 1. D. de s. p. u. 8. 2. Vang. §. 678. a. E. Ueber Stellvertretung vgl. L. 7. pr. L. 13. §. 13. L. 39. §. 3. D. h. t.

[5] Verbalcaution (nuda repromissio) von Seiten des Eigenthümers und b. f. possessor, sowie desjenigen, welcher als Inhaber einer Grunddienstbarkeit eine Anlage gemacht hat, L. 13. pr. §. 1. L. 30. §. 1. h. t.; Satisdatio von Seiten Anderer, L. 9. §. 4. 5. L. 10. 11. eod. cf. L. 7. pr. eod. vgl. Seufferts Arch. IV. 11. VII. 185. — Beschränkung auf eine angemessene Zeitfrist: L. 4. pr. 7. pr. L. 13. §. 15. L. 14. eod. cf. L. 15. pr. §. 1. eod.

[6] Also, gemäß Anm. 3., Eigenthum (nach älterem Recht freilich nur bonitarisches), L. 15. §. 17. 32. h. t. L. 5. 7. §. 9. D. commun. div. 10. 3. L. 1. pr. D. de fundo dot. 23. 5.; nach Umständen nur Usucapionsbesitz, L. 5. pr. L. 12. 15. §. 16. 26. D. h. t. L. 3. §. 23. D. de poss. 41. 2. (welche Stellen nach älterm Recht freilich wohl auf die Verwandlung des bonitarischen in quiritisches Eigenthum sich bezogen); Emphyteuse oder Superficies, Ausübung des Nießbrauches, Besitz der Pfandsache mit Ausschließung des Pfandgläubigers, während diese dinglichen Rechte, wenn zugleich gegen deren Inhaber und gegen den Eigenthümer die Besitzeinweisung erwirkt ist, ganz beseitigt werden. L. 9. §. 4. 5. L. 12. 15. §. 24...27. D. h. t. — Mehrere gleichzeitig Immittirte werden Miteigenthümer zu gleichen Theilen. L. 5. §. 1. L. 15. §. 17. 18. L. 40. §. 4. eod. — Nach heutiger Uebung läßt man wohl, anstatt die Besitzeinweisung zu verfügen, die Baufälligkeit „von Amtswegen wenden und die nöthigen Kosten von dem Inhaber des baufälligen Hauses executive einbringen, oder, sofern er nicht im Stande ist, das Haus quanti plurimi verkaufen und die nöthige Reparatur durch den Käufer verfügen." Bayer. Landr. IV. 16. §. 10.

[7] L. 9. pr. h. t. Hoc amplius Julianus (ait) posse dici, compellendum eum, ut etiam de praeterito damno caveret; quod enim re integra custoditur, hoc non inique etiam post ruinam aedium praestabitur.... Denique, si quis propter angustias temporis aut quia reipublicae causa aberat, non potuerit damni infecti stipulari, non inique praetorem

curaturum, ut dominus vitiosarum aedium aut damnum sarciat aut aedibus careat: sententiam Juliani utilitas comprobat. — Unbedingt huldigt dieser utilitas die neuere Gesetzgebung, z. B. Code Nap. art 1835. Le propriétaire d'un bâtiment est responsable du dommage causé par sa ruine, lorsqu'elle est arrivée par une suite du défaut d'entretien ou par le vice de sa construction. vgl. §. 327. Anm. 1. a. E.

C. Widerrechtliche Störung thatsächlicher Zustände.

§. 329.

1) Interdictum quod vi aut clam [1].

Hat Jemand gewaltthätig oder heimlich, vi aut clam [a], zum Nachtheil eines Andern mit einem Grundstück eine Aenderung vorgenommen, opus in solo factum [b], so hat dieser das interdictum quod vi aut clam gegen jenen auf Wiederherstellung des früheren Zustandes und vollen Schadensersatz [c]; gegen den Erben, soweit ihm etwas zugekommen ist [d]; gegen andere Besitzer blos auf Gestattung der Wiederherstellung durch den Kläger [e]. Als gewaltthätig aber gilt jede Aenderung, welche wissentlich gegen den durch Wort oder That [2] erklärten Einspruch (prohibitio) des Benachtheiligten oder seines Stellvertreters unternommen ist [f]; als heimlich diejenige, deren Vornahme vor solchen, von denen Einspruch zu befürchten war, verhehlt worden ist [g]. Die Berufung auf das Recht zur Aenderung [3] schützt den Beklagten nicht [h]. Eine Einrede aber begründet es, 1) wenn der Beklagte sich auf das Verbot bereit erklärt hat, unter Cautionsleistung den Proceß über sein Recht zu übernehmen [i], 2) wenn er durch Richterspruch [k] oder eine sonstige obrigkeitliche Anordnung [l] zu dem Werke ermächtigt worden, 3) wenn die Aenderung nur in Beseitigung des vom Kläger gewaltthätig oder heimlich Geschehenen bestand [m], 4) wenn der Einspruch ausdrücklich oder stillschweigend zurückgenommen ist [n], und 5) wenn seit der letzten Thätigkeit am Werke ein Jahr abgelaufen ist [o].

Anm. [1] Vgl. G. Hasse im Rh. Mus. IV. 1. Franke im civ. Archiv XXII. 14. Schmidt in Linde's Ztschr. n. F. I. 7. Zimmermann im civ. Arch. XXXVII. 9. S. 230. fg.

[a] Dig. quod vi aut clam. 43. 24. [b] L. 1. §. 4. L. 7. §. 5. 8...10. L. 8...11. §. 3 L. 20. §. 4. 5. D. h. t. [c] L. 1. §. 1. L. 15. §. 7...12. eod. [d] L. 15. §. 3. eod. (§. 104. Anm. 2.). [e] L. 7. pr. L. 11. §. 6. L. 13. §. 7. L. 14. 15. eod. L. 16. §. 2. eod. [f] L. 1. §. 5...11. L. 2. 3. pr. §. 1. L. 20. pr. §. 1. eod. [g] L. 3. §. 7. 8. L. 4. 5. pr. §. 1...6. eod. [h] L. 1. §. 2. eod. [i] L. 3. §. 5. eod. [k] L. 7. §. 2. eod. [l] L. 7. §. 4. eod. [m] L. 7. §. 3. L. 22. §. 2. eod. [n] L. 1. §. 9. L. 3. §. 2. 3. L. 20. §. 2. eod. [o] L. 15. §. 3...6. eod.

[2] L. 20. pr. D. h. t. Vi facit tam is, qui prohibitus fecit, quam is, qui, quominus prohibeatur, consecutus est, periculum puta adversario denuntiando, aut ianua puta praeclusa. §. 1. Prohibitus autem intelligitur quolibet prohibentis actu, id est, vel dicentis se prohibere vel manum opponentis lapillumve iactantis prohibendi gratia. cf. L. 6. §. 1. D. si serv. vind. 8. 5. L. 5. §. 10. D. de op. n. n. 39. 1. („lapilli iactu prohibere"). Schmidt a. a. O. S. 359. fg. Nicht im R. R. gegründet ist, was Zimmermann a. a. O. behauptet, daß das nackte Verbot an und für sich noch keine Wirkung habe, vielmehr vorausgesetzt werde, daß der Unternehmer durch seine Anzeige (denuntiatio) das bei dem Unternehmen mögliche Interesse des Andern ausdrücklich anerkannt und nun trotz dieser Anerkennung „gegen das auf erfolgte Anzeige ergangene Verbot des Andern" gehandelt habe. Von vorgängiger Anzeige und deren Erforderniſſen ist in den Quellen gar nicht als einer Voraussetzung wirksamen Verbotes, sondern nur in sofern die Rede, als dadurch der Vorwurf der Heimlichkeit beseitigt werden kann. (not. q.) (Gegen diesen Tadel, der sich eben so bei Vang. III. S. 559. ausgesprochen findet, verwahrt sich der Vf. durch die Hinweisung darauf, daß er S. 231. die denuntiatio nicht unbedingt erfordere, vielmehr nach S. 232. auch andre Umstände und eine stillschweigende Anerkennung als genügend gelten lasse; civ. Arch. XLI. S. 185.).

[3] Für den Fall, daß man in suo aliquid fecit, ist anderer Meinung Francke a. a. O., gestützt auf L. 5. §. 10. D. cit. Dagegen L. 6. §. 1. cit. Schmidt S. 353. fg. Gegen unbefugte Prohibition kann sich der Eigenthümer nach Umständen durch Besitzklagen schützen (§. 171. 172.) oder auch durch Injurienklage (§. 339.). Vgl. aber Seuffert's Arch. VII. 45. „Wenn auch im R. R. schon da eine vis angenommen wird, wo dem Verbote einer Privatperson entgegengehandelt worden, so haben doch diese Grundsätze in der deutschen Jurisprudenz keine Anwendung gefunden; vielmehr wird verlangt, daß der Prohibent kraft eines Rechts, wenn auch nur eines Besitzrechts, zum Verbote befugt gewesen sey." Schäffer in dessen Arch. I. S. 4. fg. Uebrigens wird das Interdict überhaupt als unpraktisch angesehen von Schmidt S. 382. fg. Sint. §. 124. not. 58. Dagegen Rudorff zu Puchta §. 386. not. q. Seuffert's Arch. V. 25. 58. Zimmermann im civ. Arch. XXXVII. S. 237. fg. XLI. S. 189. fg. Vgl. auch den Hessischen Entw. e. bürg. Gesetzb. Abth. IV. Art. 673. „Wer durch eine gewaltsame oder heimlicher Weise vorgenommene Veränderung an einer unbeweglichen Sache einem Andern einen Nachtheil zugefügt hat, ist zur Wiederherstellung ... und zum Ersatze ... verpflichtet. — Die Veränderung gilt als eine gewaltsame, wenn sie ungeachtet des von dem Beschädigten dagegen erhobenen Einspruchs auf fremdem Gute, oder ungeachtet des von einem dritten rechtmäßig dagegen erhobenen Einspruchs auf eigenem Gute vorgenommen worden ist; u. s. w." Dazu die Motive S. 260. fg.

§. 330.

2) Operis novi nuntiatio [a].

Wenn mit einem Grundstück eine Veränderung durch oder an Bauten unternommen wird, opus novum in solo factum

[a] Dig. de operis novi nuntiatione 39. 1.

oder solo coniunctum [b], wovon für dasselbe oder ein anderes Grundstück, unmittelbar oder durch Verletzung demselben zustehender Rechte, Schaden zu befürchten ist [c], so kann durch operis novi nuntiatio [1], d. i. durch eine gegen das Werk gerichtete [2] ausdrückliche Verwehrung [d], bewirkt werden, daß dieses einstweilen unterbleiben muß [e], widrigenfalls durch das interdictum de opere restituendo (oder sog. interd. demolitorium), ohne Frage nach dem Rechte zur Vornahme des Werkes [f], Herstellung des zur Zeit der Nuntiatio bestehenden Zustandes erlangt werden kann [3], gegen den schuldvoll Zuwiderhandelnden selbst auf dessen Kosten, gegen dessen Erben, soweit diesen etwas zugekommen ist, gegen andere Besitzer auf Kosten des Klägers [g]. Das Recht solcher Verwehrung hat der Eigenthümer des gefährdeten Grundstücks [h], nicht auch Miteigenthümer gegen einander [i]; sodann der Superficiar [k] und Emphyteuta [4], der Pfandgläubiger [l]; der Nutznießer nur procuratorio nomine, also nicht gegen den Eigenthümer [m]; sie kann auch sonst für den Berechtigten durch einen Stellvertreter geschehen [n]. Der Nuntiant muß aber alsbald sein Recht zur Verhinderung klagend geltend machen [o], dabei auf Verlangen den Gefährdeeid schwören [p], und, wenn er als Stellvertreter handelt, cautio pro rato leisten [q]; andernfalls wird die Nuntiatio durch den Richter aufgehoben (remittirt) [r], und natürlich wird diese auch dadurch beseitigt, daß das Verhinderungsrecht dem Nuntianten rechtskräftig abgesprochen wird [5]. Verzieht sich der Streit über drei Monate, so wird dem Nuntiaten die Fortsetzung des Werkes gestattet, falls er unter bürgschaftlicher Sicherheitsleistung verspricht, daß er im Fall des Unterliegens den früheren Zustand auf seine Kosten wiederherstellen werde [s] (sog. cautio de demoliendo) [6]; er wird alsdann durch ein prohibitorisches Interdict „ne vis fiat aedificanti“ [7]

[b] L. 1. §. 11...14. D. h. t. [c] L. 1. §. 16...20. L. 3. §. 3. L. 5. pr. §. 6. 8. 9. L. 8. pr. L. 9. eod. cf. L. 14. eod. L. 1. §. 3...5. D. de remission. 43. 25. [d] L. 1. §. 2...5. L. 5. §. 2...5. L. 10. 11. D. h. t. [e] L. 1. pr. §. 7. eod. [f] L. 20. §. 3. 4. eod. [g] L. 20. pr. §. 1...8. L. 22. 23. eod. cf. L. 8. §. 7. eod. L. 3. §. 3. D. de alienat. iud. mut. c. 4. 7. (vgl. §. 104. Anm. 2.). [h] L. 1. §. 19. D. h. t. L. un. §. 3. D. de remission. 43. 25. [i] L. 3. §. 1. 2. D. h. t. [k] L. 3. §. 3. eod. [l] L. 9. eod. cf. L. un. cit. §. 5. [m] L. un. cit. §. 4. L. 1. §. 20. L. 2. D. h. t. [n] L. 1. §. 3. L. 5. §. 18. L 7. §. 1. eod. [o] L. un. Cod. de novi operis nuntiatione. 8. 11. cf. L. 1. §. 9. D. h. t. [p] L. 5. §. 14. eod. [q] L. 5. §. 18. 20. L. 13. pr eod. [r] L. un. Dig. de remissionibus. 43. 25. [s] L. un. Cod. h. t. 8. 11. cf. L. 5. §. 17. L. 8. §. 2. 4. L. 13. §. 1. L. 20. §. 1. 4. L. 21. D. h. t. — cap. 3. 4. X. de op. n. n. 5. 32.

gegen fernere Störung des Werkes geschützt [t]. Uebrigens verliert die Nuntiatio ihre Wirkung auch durch den Tod des Nuntianten oder Veräußerung des Grundstücks, wofür sie geschehen [u], sodann durch Uebereinkunft [v]; sie ist von Anfang an wirkungslos in Fällen, wo die Verzögerung des Werkes gefährlich und dem gemeinen Wohl zuwider ist [w].

Anm. 1 Vgl. überhaupt G. Hasse im Rh. Mus. III. S. 579...630. Vang. §. 676. Heimbach im Rtslex. VII. S. 580. fg. Schmidt (von Ilmenau) in Linde's Ztschr. n. F. VIII. 2. Zimmermann a. a. O. S. 218. fg.

2 L. 10. h. t. Op. n. nuntiatio in rem fit, non in personam: L. 5. §. 2. 3. ibid. „in re praesenti ... non utique domino ... sic ut domino possit renuntiari." — Genaue Bezeichnung des Gegenstandes der Verwehrung: L. 5. §. 15. 16. L. 8. §. 1. 5. D. h. t. — Die Nuntiatio eine außergerichtliche Handlung, sog. privata o. n. n.: L. 1. §. 2. eod.; dagegen publica o. n. n.? L. 16. eod., per praetorem? L. 3. §. 1. L. 5. §. 10. eod. vgl. Anm. 5.; praetori? L. 5. §. 7. eod. vgl. Vang. S. 548. — Sog. verbalis im Gegensatz von sog. realis o. n. n.? Heimbach S. 606.

3 L. 20. pr. D. h. t. Praetor ait: *quem in locum nuntiatum est, ne quid operis novi fieret, qua de re agitur, quod in eo loco, antequam nuntiatio missa fieret aut in ea causa esset, ut remitti deberet, factum est, id restituas.*

4 Dagegen Heimbach S. 582. fg. 588., weil nur für ein gefährdetes Gebäude die Nuntiatio stattfinde: vgl. §. 196. Anm. 2.

5 L. un. pr. D. de remission. Ait praetor: *Quod ius sit illi prohibere ne se invito fiat, in eo nuntiatio teneat: ceterum nuntiationem missam facio.* Wohl mit Recht nimmt Schmidt S. 43. fg. an, dies sey die Formel gewesen, in welcher der Prätor die Remission aussprach. Aber nicht anzunehmen ist es, daß der Nuntiant, wenn etwa der Nuntiat keine Caution leistete, die Klage willkürlich verzögern konnte, ohne deshalb Remission fürchten zu dürfen; gewiß wurde vielmehr nur, wenn der Nuntiant, dem Nuntiaten vor den Prätor folgend (L. 1. §. 9. h. t.), sein Recht geltend zu machen bereit war, die Gestattung einstweiliger Fortsetzung des Werkes von der Satisdatio des letzten abhängig gemacht (vgl. Hasse S. 615. fg.). Nach Justinian's L. un. Cod. h. t. muß jedenfalls der Streit über das Recht sofort nach der Nuntiatio eingeleitet werden. In Verbindung damit steht der Satz: In operis autem novi nuntiatione possessorem adversarium facimus: L. 1. §. 6. D. h. t. vgl. Basilic. LVIII. 10. §. 6. (edit. Heimb. vol. V. pag. 205.) Ὁ παραγγέλλων γίνεται ἐνάγων. cf. L. 7. §. 2. D. quod vi. 43. 24. Daher, weil das nach erlangter Remission (oder was ihr gleichstand) Geschehene nicht mehr als vi factum erscheint, die Nuntiation nicht immer räthlich ist: L. 5. §. 10. D. h. t. Meminisse autem oportebit, quoties quis in nostro aedificare vel in

t L. 20. §. 9...16. eod. u L. 8. §. 6. eod. v L. 1. §. 10. eod. w L. 5. §. 11...13. D. h. t.

nostrum immittere vel proiicere velit, melius esse, eum per praetorem (d. i. interdicto uti possidetis, §. 171. Anm. 2. §. 192. Anm. 4.) vel per manum, id est lapilli iactum (§. 329. Anm. 2.) prohibere, quam operis novi nuntiatione. Ceterum o. n. nuntiatione possessorem eum faciemus, cui nuntiaverimus. At si in suo quid faciat, tunc o. n. nuntiatio erit necessaria. Et si forte in nostro aliquid facere quis perseverat, aequissimum erit, interdicto adversus eum *quod vi aut clam aut uti possidetis* uti. Hasse im Rhein. Mus. IV. S. 42. fg. Schmidt in Linde's Ztschr. n. F. I. S. 371. fg.

6 Die dreimonatliche Fristbestimmung rührt von Justinian her: L. un. Cod. h. t., anerkannt in cap. 4. X. h. t. Verschiedene Erklärungen darüber: Hasse S. 647. fg. Heimbach S. 598. Vang. S. 555. fg. Beschränkung der Caution auf eine gewisse Zeit: L. 13. §. 1. D. h. t. Erbieten zur Cautionsleistung gilt dieser gleich, wenn sie nicht angenommen wird. L. 20. §. 5. D. h. t. — Ist die Nuntiatio damni depellendi, nicht iuris conservandi causa geschehen (not. c.), so ist cautio damni infecti zu leisten. L. 1. §. 16. 17. D. h. t.

7 L. 20. §. 9. h. t. Deinde ait praetor: *Quem in locum nuntiatum est, ne quid operis novi fieret, qua de re agitur, si de ea re satisdatum est, quod eius cautum sit, aut per te stat, quominus satisdetur, quominus illi in eo loco opus facere liceat, vim fieri veto.*

8 Ueber die heutige Anwendung der römischen Grundsätze über Nuntiatio, bestritten von Sint. §. 124. not. 59., vgl. Seuffert Arch. III. 58. 174. V. 28. VII. 44. 45. Schäffer a. a. O. S. 220. fg. Ueblich ist es jetzt, ein richterliches Verbot (Inhibitorium) gegen das begonnene Werk nachzusuchen, dessen Insinuation dann erst die Wirkungen der Nuntiatio nach sich zieht. Seuffert §. 420. vgl. Zimmermann a. a. O. S. 220. fg. Für Deutschland bezeugt unter andern schon Carpzow im 17. Jahrh. „Ut plurimum per praetorem sive iudicis iussu et auctoritate novum hodie opus nuntiari, probat observantia", wie für Frankreich Cuiacius im 16. Jahrh. „moribus Galliae nuntiationem novi operis non fieri sine speciali iussu iudicis."

9 Nach R. R. konnte auch publici iuris tuendi gratia jeder Bürger opus novum nuntiare, und dadurch den Bauunternehmer, der von dem Werke nicht ablassen wollte, zu einer repromissio (sog. Verbalcaution) de opere restituendo anhalten. L. 1. §. 14. 16...18. L. 3. §. 4. L. 4. L. 20. §. 13. D. h. t. Dies ist heutzutage entschieden unpraktisch.

§. 331.

3) Aquae pluviae arcendae actio.

Wenn von einer zur Veränderung des Wasserlaufs [b] auf einem Privatgrundstück [c] gemachten Vorrichtung opus manu factum [d] Schaden durch Regenwasser, allein oder in Verbindung

[a] Dig. de aqua et aqua pluviae arcendae. 39. 3. vgl. §. 131. Anm. unter 8.
[b] L. 1. §. 3...9. 15. D. h. t. [c] L. 3. §. 3. L. 18. pr. eod. cf. L. 4. pr. eod.
[d] L. 1. §. 1. 8. 14. 15. L. 2. §. 5. 6. L. 11. §. 6. eod.

mit Quellwasser [e], für ein Feldgrundstück [f] zu befürchten ist [g], so hat der Eigenthümer des letzten [h], desgleichen der Emphyteuta [i], utiliter auch der Nutznießer [k], gegen den Eigenthümer oder emphyteutischen Besitzer des ersten Grundstücks [l], utiliter auch gegen den Nutznießer [m], gegen Miteigenthümer pro rata parte [n], die aquae pluviae arcendae actio auf Wiederherstellung des frühern Wasserlaufes, je nachdem der Beklagte Urheber jener Vorrichtung ist oder nicht, auf dessen oder auf des Klägers Kosten [o], und kann damit zugleich Ersatz des seit Beginn des Rechtstreites wirklich eingetretenen Schadens erlangen [p]. Der Beklagte ist jedoch gegen die Klage geschützt, wenn vermöge einer Dienstbarkeit [q], oder vermöge ausdrücklicher oder stillschweigender Gestattung [r] oder zufolge obrigkeitlicher Anordnung, deren Beweis durch Unvordenklichkeit des gegenwärtigen Zustandes ersetzt wird [s], die fragliche Vorrichtung als eine berechtigte sich darstellt. Dagegen findet die Klage als utilis actio auch dann statt, wenn eine an sich berechtigte Vorrichtung, die Jemand auf eigenem oder fremdem Grundstück hat, in Folge zufälliger Umstände eine schädliche Aenderung des Wasserlaufes befürchten läßt [t].

Anm. Vgl. überhaupt Schneider in Linde's Ztschr. V. 22. Schmidt (von Ilmenau) cit. Abh. S. 91...204. (Darüber von der Pfordten in d. krit. Jahrb. VII. S. 581. fg.). Elvers, über das Recht des Wasserlaufes, in der Themis n. F. I. 13. S. 497. fg. Seuffert's Arch. I. 68. IV. 96. V. 141. VII. 46. 47.

§. 332.

4) Interdicte zum Schutze des Gebrauches öffentlicher Sachen.

Unter den Gesichtspunkt widerrechtlicher Störung thatsächlicher Zustände können auch die possessorischen Interdicte gestellt werden (§. 171... 173. 192.). Außerdem gehören hieher eine Reihe von Interdicten, welche den Gebrauch öffentlicher Sachen gegen Beeinträchtigung durch Willkür Einzelner zu schützen bezwecken [1]. Diese sind aber durchgängig nicht mehr praktisch; nach heutigem Recht

[e] L. 1 pr. §. 15. eod. cf. L. 1. §. 23. L. 3. pr. §. 1. eod. [f] L. 1. §. 17. eod. cf. L. 23. §. 1. L. 25. eod. [g] L. 1. pr. §. 1. 2. L. 14. §. 2. L. 24. §. 2. eod. cf. L. 1. §. 21. L. 2. §. 9. eod. [h] L. 6. §. 4. L. 26. pr. cf. L. 11. §. 4. eod. [i] L. 23. §. 1. eod. [k] L. 22 pr. cf. L. 3. §. 4. eod. [l] L. 4. pr. §. 2. L. 5. L. 23. §. 1. eod. [m] L. 22. §. 2. eod. [n] L. 11. §. 2. eod. [o] L. 5. 6. §. 6. 7. L. 7. §. 1. L. 11. §. 2. 3. L. 12. 22. §. 1. eod. [p] L. 6. §. 6. L. 11. §. 3. eod. [q] L. 1. in f. eod. [r] L. 19. 20. eod. [s] L. 1. §. 23. L. 2. § 3. L. 23. pr. §. 2. eod. [t] L. 2. §. 5...7. D. h. t.

wird hier regelmäßig durch obrigkeitliches Einschreiten von Amtswegen, wenn auch auf Privatanzeige, geholfen [2].

Anm. [1] Die einzelnen Fälle dieser Art werden durch folgende Titel der Digesten bezeichnet: ne quid in loco sacro fiat. 43. 6.; de locis et itineribus publicis, und ne quid in loco publico vel itinere fiat. 43. 7. und 8.: de via publica et si quid in ea factum esse dicatur. 43. 10.; de via publica et itinere publico reficiendo. 43. 11.; de fluminibus, ne quid in flumine publico ripave eius fiat, quo peius navigetur. 43. 12.; ne quid in flumine publico fiat, quo aliter aqua fluat, atque uti priore aestate fluxit. 43. 13.; ut in flumine publico navigare liceat. 43. 14.; de ripa munienda. 43. 15. Dazu noch L. 1. §. 15. 16. L. 2. D. de cloacis 43. 23. (§. 192. Anm. 3.). Vgl. Puchta §. 35 a).

[2] Puchta a. a. O., obwohl anerkennend, daß officielles Einschreiten der gewöhnliche Weg sey, wie Verletzungen öffentlicher Sachen beseitigt werden, bemerkt doch: „Das R. R. eröffnet aber noch einen andern Weg, den eines Civilverfahrens durch eine Klage gegen den Verletzer, die entweder jedem Glied des Gemeinwesens als Vertreter der Gesammtheit (Popularklage), oder dem zunächst durch die Verletzung Betroffenen gegeben wird. Diesen Klagen, besonders denen der letztern Art, ist auch heutzutage noch Statt zu geben, wo nicht eine stets bereite und überall ausreichende Amtsthätigkeit sie überflüssig macht." Dieser Ansicht entsprechend ist noch in neuester Zeit die Anwendbarkeit des interdictum „ne quid in loco vel itinere publico fiat" in einigen praktischen Fällen anerkannt worden, so zwar, daß es von der durch eine Anlage thatsächlich beschädigten Privatperson, ohne Voraussetzung eines besonders erworbenen Rechts, gegen den Unternehmer, sey er eine Privatperson oder eine Baubehörde, mit Erfolg angestellt werden könne, wenn nicht die Anlage durch die höchste Staatsgewalt ungeachtet jener Benachtheiligung genehmigt sey. Seuffert's Arch. V. 27. 134. Pand. III. S. 419. fg. Ueber die Frage insbesondere, ob das interdictum ne quid in loco publ. auch gegen öffentliche Baubehörden anwendbar sey? vgl. Zimmermann in Linde's Ztschr. n. F. XII. S. 97. fg.

§. 333.

D. Gewalt und Drohung.

Gewalt, gegen eine Person verübt oder unmittelbar angedroht, kann als Ursache eines Vermögensnachtheils nach Verschiedenheit der Fälle verschiedene Klagen begründen [1]. Ein besonderer Fall ist [a], wenn Jemand durch rechtswidrige Drohung, somit durch Furcht [b], zu einer seinem Vermögen nachtheiligen Veränderung rechtlicher Zustände [c] gezwungen worden ist. Der Gezwungene hat die actio quod metus causa, gegen den Zwingenden selbst, und zwar gegen Mehrere in solidum [d], auf Wiederherstellung

[a] Dig. quod metus causa gestum erit. 4. 2. Cod. de his, quae vi metusve causa gesta sunt. 2. 20. (§. 61.). [b] L. 1...9. pr. D. h. t. [c] L. 12. §. 2. L. 14. pr. eod. [d] L. 14. §. 15...L. 16. pr. eod.

und vollständigen Ersatz desjenigen, was ihm durch den erlittenen Zwang entzogen worden ist [e], gegen den Erben [f] nur mit der Beschränkung nach §. 104. Anm. 2., aber auch gegen jeden Dritten [g], welchem und soweit demselben in Folge der verübten Gewalt auf Kosten des Gezwungenen Etwas zugekommen ist [2]. Einer Klage, die sich auf die erzwungene Rechtsänderung gründet, steht die exceptio metus [h] entgegen. [3]

Anm. [1] Dahin gehört die vi bonorum raptorum actio, §. 323. Anm. 3., und das interdictum de vi, §. 173. 192. Vgl. auch §. 94. 335. not. a. §. 339.

[2] L. 1. pr. D. h. t. Ait praetor: *Quod metus causa gestum erit, ratum non habebo.* Olim ita edicebatur: *quod vi metusve causa,* . . . sed postea detracta est vis mentio, quia quodcunque vi atroci fit, id metu quoque fieri videatur. — Ueber das Geschichtliche dieses Rechtsmittels: Rudorff, über die Octavianische Formel, in der Ztschr. f. gesch. Rtsw. XII. 3. — Die Klage ist in rem scripta actio (§. 97. Anm. 4.) und arbitraria (§. 100. not. m.), nach R. R. mit der heutzutage unpraktischen Eigenthümlichkeit, daß die Nichterfüllung des richterlichen Restitutionsbefehls Verurtheilung zu vierfachem Ersatze nach sich zog (§. 98. not. d. §. 252. Anm. 1. d.).

[3] Auch „metus causa exceptio in rem scripta est", L. 4. §. 33. D. h. t. 44. 4. Weiter noch geht nach canonischem Recht die Einrede wegen erlittener Gewalt, als exceptio spolii (§. 173. Anm. 2.). Diese soll den Spoliirten gegen jede, wenn gleich mit der Gewalthandlung nicht in Verbindung stehende Klage des Spoliator, wie gegen jede strafrechtliche Anklage, schützen, bis er restituirt ist, sofern er nur das Spolium in fünfzehn Tagen zu beweisen vermag. can. 3. C. 3. qu. 1. cap. 1.; de restitutione spoliatorum. in 6to. 2. 5. cap. 2. 4. X. de ord. cognit. 2. 10. Vgl. Bruns Recht des Besitzes. §. 16...18.

E. Betrug und Arglist.

§. 334.

1) Doli actio [a].

Wer einem Andern durch Betrug [b] oder auch sonst durch absichtlich beschädigende Handlung [c] einen Vermögensnachtheil verursacht, wegen dessen diesem nicht ohnehin ein anderes wirksames Rechtsmittel zusteht [d], gegen den findet als subsidiäre Klage die

[e] L. 9. §. 7. L. 10. §. 1. L. 12. pr. L. 14. §. 5. 11. eod. L. 38. §. 6. D. de usur. 22. 1. cf. L. 18. pr. D. de dolo malo 4. 3. [f] L. 16. §. 2. L. 17...20. D. h. t. [g] L. 9. §. 1. 8. L. 14. §. 3. L. 18. eod. [h] L. 9. §. 3. 4. eod. L. 4. §. 33. 34. D. de doli m. et met. except. 44. 4.

[a] Dig. de dolo malo. 4. 3. Cod. 2. 21. [b] L. 1. pr....§. 3. L. 7. §. 10. L. 8. 9. §. 1. 2. L. 20...24 D. h. t. (§. 62. Anm. 6.). [c] L. 7. §. 6. L. 19. 34. 35. eod. L. 16. §. 1. D. de praescript. verb. 19. 5. [d] L. 1. §. 1. 4...8. L. 2...7. L. 25. D. h. t.

actio doli statt, gegen mehrere in solidum [e], auf vollen Schadensersatz [f], nach zwei Jahren aber nur mehr als in factum actio, soweit der Beklagte von seinem Dolus noch einen Gewinn hat [g], gegen den Erben immer nur mit der Beschränkung nach §. 104. Anm. 2. [h].

Anm. L. 1. §. 1. D. h. t. Verba autem edicti talia sunt: *Quae dolo malo facta esse dicentur, si de his rebus alia actio non erit et iusta causa esse videbitur, iudicium dabo.* — Die actio doli ist nach R. R. famosa actio (§. 31. Anm. 1. e.); daher wird sie wegen zu unbedeutenden Schadens (usque ad duos aureos) nicht zugelassen, und gegen Personen, denen man besondere Achtung schuldig ist, statt derselben nur in factum actio gegeben. L. 9. §. 5... L. 13. pr. D. h. t. Dies ist heutzutage (nach §. 33.) nicht mehr von practischer Bedeutung. Sint. §. 124. not. 9. Ohne Grund aber wird solche auch den Bestimmungen in not. g. h. abgesprochen.

§. 335.

2) Arglistige Störung der Rechtshülfe.

Unter diesen Gesichtspunkt sind folgende Fälle zu bringen:

1) Wer Jemanden absichtlich verhindert, in einem Termin vor Gericht zu erscheinen, haftet dem dadurch Beschädigten für das Interesse [a];

2) ebenso derjenige, welcher einer Besitzeinweisung absichtlich hindernd entgegentritt [b];

3) wer eine Sache absichtlich zu dem Zweck und mit der Wirkung veräußert, daß einem Andern die Verfolgung seines Rechts erschwert oder geschmälert werde, kann von diesem mit einer actio in factum auf Ersatz des Interesse belangt werden [c];

4) ein verwandter Fall ist der der actio Pauliana, §. 228.

Anm. Zu 3) vgl.: a) L. 8. §. 1. D. h. t. Ait praetor: *quaeve alienatio iudicii mutandi causa facta erit*, id est, si futuri iudicii causa, non eius, quod iam sit (vgl. §. 113. Anm. 4. b.). L. 1. pr. eod. (Gai. lib. 4. ad edictum provinciale) ... Proconsul ... prospexit, ut si quis alienando rem alium nobis adversarium suo loco substituerit, idque data opera in fraudem nostram fecerit, tanti nobis in factum actione teneatur, quanti nostra intersit, alium adversarium nos non habuisse. b) L. 4. §. 3. eod. Si quis autem ob valetudinem aut aetatem aut occupationes necessarias

[e] L. 17. pr. eod. [f] L. 18. pr. eod. [g] L. ult. Cod. h. t. L. 28. D. h. t. [h] L. 13. pr. L. 17. §. 1. L. 26... 30. eod.

[a] Dig. de eo, per quem factum erit, quominus quis in iudicio sistat. 2. 10. cf. Dig. ne quis eum, qui in ius vocabitur, vi eximat. 2. 7. [b] Dig. ne vis fiat ei, qui in possessionem missus erit. 43. 4 (§. 93. not. m.). [c] Dig. de alienatione iudicii mutandi causa facta. 4. 7. Cod. 2. 55. L. 24. §. 1. D. comm. div. 10. 3.

litem in alium transtulerit, in ea causa non est, ut hoc edicto teneatur, cum in hoc edicto *doli mali* fiat mentio. L. 8. §. 3. eod. Sed heredem instituendo vel legando si quis alienet, huic edicto locus non erit. L. 8. §. 5. L. 9. eod. Qui venditori suo redhibet, non videtur iudicii mutandi causa abalienare ... nisi propter hoc ipsum redhibet, non redhibiturus alias. c) L. 12. eod. Si quis iudicii communi dividundo evitandi causa rem alienaverit, ex lege Licinia ei interdicitur, ne communi dividundo iudicio experiatur, verbi gratia, ut potentior emtor per licitationem vilius eam accipiat et per hoc iterum ipse recipiat. Sed ipse quidem, qui partem alienaverit, communi dividundo iudicio si agere velit, non audietur. Is vero, qui emit, si experiri velit, ex illa parte edicti vetatur, qua cavetur, ne qua alienatio iudicii mutandi causa fiat. d) L. 4. §. 6. L. 5...7. eod. Haec actio non est poenalis, sed rei persecutionem arbitrio iudicis continet: quare et heredi dabitur; in heredem autem, vel similem, vel post annum non dabitur, quia pertinet quidem ad rei persecutionem, videtur autem ex delicto dari. (§. 104. Anm. 2.)

§. 336.

3) Calumnia.

Hat Jemand sich etwas geben lassen, damit er einen Andern mit ungerechtem Proceß verfolge (ut negotium faceret calumniae causa), oder umgekehrt, damit er von solchem ungerechten Vorhaben abstehe (ne calumniae causa negotium faceret), so hat der Bedrohte eine in factum actio gegen denselben auf Herauszahlung des vierfachen Betrages des Empfangenen, jedoch post annum (utilem) nur mehr auf das Einfache [a], gegen den Erben, soweit ihm etwas zugekommen ist [b]. Im zweiten Fall hat zudem der Geber die condictio ob turpem causam (§. 343.), welche, wenn der Bedrohte selbst der Geber ist, mit jener Klage bezüglich des Einfachen zusammentrifft, und daher nach Ablauf des Jahrs dieselbe überflüssig macht [c]. Nach heutigem Recht aber ist die actio de calumnia als Strafklage überhaupt nicht mehr praktisch; nur als Klage auf das Einfache möchte sie im ersten Fall, wo der Geber selbst keine Rückforderung hat, noch angemessen seyn.

§. 337.

4) Actio servi corrupti.

Nach Analogie der dem Herrn eines Sklaven gegen dessen Verführer gegebenen actio servi corrupti [a] wird auch dem Vater

[a] Dig. de calumniatoribus. 3. 6. Cod. 9. 46. vgl. §. 104. Anm. 1. c. [b] L. 5. pr. D. h. t. (§. 104. Anm. 2.). [c] L. 3. §. 3. L. 5. §. 1. L. 7. pr. D. h. t.

[a] Dig. de servo corrupto. 11. 3. L. 20. Cod. de furtis et servo corrupto. 6. 2.

wegen Verführung der Kinder eine Klage gegeben auf Bezahlung einer richterlich zu bestimmenden Geldsumme [b]. Diese ist noch etwa anwendbar, sofern durch die Verführung ein Vermögensinteresse des Vaters verletzt ist.

§. 338.

F. Verletzung besonderer Berufspflicht.

Unter diesen Gesichtspunkt stellt sich:

1) Die Haftung des Richters für den durch Arglist oder grobes Versehen in Ausübung des Richteramts [1], auch der freiwilligen Gerichtsbarkeit [2], einer Partei zugefügten Nachtheil [a];

2) die Haftung des Feldmessers [3], der aus Arglist oder grobem Versehen durch falsche Messung Jemanden beschädigt [b], welche analog auch andere Kunstverständige trifft, die durch falsche Berechnung oder Maßangabe Jemanden in Schaden bringen [c].

In beiden Fällen findet in factum actio statt, aber nicht mehr gegen den Erben des Schuldigen, sofern er nicht bereichert ist [d].

Anm. [1] Die Wirkung der Unredlichkeit des Richters bezeichnet das R. R. durch den Ausdruck: *Judex litem suam fecit.* Die Klage gegen ihn heißt heutzutage (auch in den Reichsgesetzen) actio ex syndicatu, Syndicatsklage. — Streitig ist, ob der Richter nur für Dolus oder für jede Culpa hafte, und in welchem Maße? Sint. §. 124. not. 38. Bayer, ord. Proc. 8. Aufl. S. 275. fg.

[2] Vgl. Seuffert's Arch. II. 52. 53. V. 174. („Haftung der Beamten für unterlassene Benachrichtigung und Belehrung in Notariats- und Hypothekensachen"), V. 287. („Schadensersatz wegen eines unwahren obrigkeitlichen Zeugnisses"). Ueber andre Fälle der Beschädigung durch öffentliche Diener, insbesondere Haftung des Staates, beziehungsweise des Gerichtsherrn für dieselben: das. I. 166. II. 54. III. 326. 327. V. 135. 281. 287. 288. Seuffert's Pand. §. 425.

[3] Ueber die Haftung des Mensor vgl. Rudorff in der Ztschr. für geschichtl. Rechtsw. X. S. 422. fg. Die praktische Bedeutung dieser besondern Klage wird jedoch mit erheblichen Gründen bestritten, indem man behauptet, daß jetzt dieses Verhältniß einfach nach den Regeln der locatio conductio operarum zu beurtheilen sey. Sint. §. 119. not. 2.

[b] L. 14. §. 1. D. l. c.

[a] pr. J. de obl. quasi ex delicto. 4. 5. L. 5. §. 4. D. de O. et A. 44. 7. L. 6. D. de extraord. cognit. 50. 13. L. 15. 16. D. de iud. 5. 1. L. 2. Cod. de poena iudicis, qui male iudicavit. 7. 49. vgl. RA. v. 1532. III. §. 17. KGO III. 55. § 6. 10. [b] Dig. si mensor falsum modum dixerit. 11. 6. [c] L. 5. §. 2. L. 6. 7. D. l. c. [d] L. 16. D. de iud. 5. 1. L. 3. §. 5. D. si mensor. 11. 6. (§. 104. Anm 2.)

§. 339.

G. Verletzung gegen die Person. Iniuria[a].

Injuria[1] heißt überhaupt ein jedes wissentlich verübte Unrecht, welches nach der Gesinnung des Handelnden wesentlich gegen die Person eines Andern gerichtet ist, und aus der Nichtachtung seiner Persönlichkeit hervorgeht[b]. Die verschiedenartigsten Rechtsverletzungen können durch diese Gesinnung den Charakter einer Injurie annehmen[c] und die actio iniuriarum (ex generali edicto[d]) erzeugen. Im engern Sinne aber ist Injurie eine die Ehre des Andern verletzende Handlung[e], die in der Aeußerung einer verachtenden Gesinnung gegen denselben besteht[2], sey es, daß diese Gesinnung durch Thätlichkeiten oder blos durch Worte (schriftlich oder mündlich) oder Zeichen sich kund gebe[f]. Eine solche Injurie kann auch mittelbar gegen Jemanden begangen werden, durch eine zunächst gegen die Person eines Angehörigen desselben gerichtete Handlung[g]. Ueberall aber wird jener Wille der Kränkung, animus iniuriandi, zum Daseyn der Injurie vorausgesetzt[h]. Das Aussprechen einer Wahrheit ist an sich, wenn man nur darauf sich beschränkt, keine Injurie[i].

Der Beleidigte hat eine prätorische[k], auf ein Jahr beschränkte[l], nach römischem Recht infamirende[m], Strafklage, iniuriarum actio (aestimatoria), auf Zahlung einer nach Maß der Beleidigung zu bestimmenden Geldsumme[n], oder falls die Beleidigung durch Thätlichkeit gegen den Körper des Beleidigten oder durch gewaltthätiges Eindringen in dessen Wohnung begangen ist, eine gleiche civilrechtliche (perpetua?) actio ex lege Cornelia[o]. Der Kläger, welcher die ihm widerfahrene Beleidigung genau bestimmen muß[p], hat die Geldstrafe, die er begehrt, anzusetzen, der Richter aber dieselbe nach Umständen zu ermäßigen[q]. Das heutige Recht gibt

[a] Inst. de iniuriis. 4. 4. Dig. de iniuriis et famosis libellis. 47. 10. Cod. de iniuriis 9. 35. [b] L. 1. pr. D. h. t. (§. 84. Anm.). L. 3. §. 2. L. 44. eod. [c] L. 11. §. 9. L. 13. §. 3. 7. L. 15. pr. §. 33. L. 23. 24. D. h. t. L. 2. §. 9. D. ne quid in loco publ. 43. 8. L. 21. §. 7. D. de furt. 47. 2. L. 25. D. de act. emti. 19. 1. L. 1. §. 38. D. depos. 16. 3. [d] L. 15. §. 26. D. h. t. [e] L. 1. pr. L. 15. §. 2. et sqq. eod. [f] § 1. J. h. t. L. 1. §. 1. 2. 6. L 5. pr. §. 1. L. 15. §. 1. 15...23. 27. 29...33. L. 19. 20. D. h. t. [g] L. 1. §. 3...9. L. 15. §. 24. L. 18. §. 2...5. eod. §. 2...6. J. h. t. [h] L. 5. Cod. h. t. [i] L. 5. cit. L. 18. pr. D. h. t. [k] §. 7. J. h. t. [l] §. 1. J. de perpet. 4. 12. [m] L. 1. pr. D. de his qui infam. not. 3. 2. (§. 31. Anm.) [n] §. 7. 9. J. h. t. L. 15. §. 26. 28. L. 21. D. h. t. [o] §. 8. J. h. t. L. 5. 37. §. 1. D. h. t. [p] L. 7. D. eod. [q] §. 7. J. h. t.

dem Beleidigten die Wahl, anstatt auf Geldstrafe, je nach Beschaffenheit der Beleidigung auch auf Widerruf (actione recantatoria oder ad palinodiam) oder Abbitte (actione ad deprecationem) oder Ehrenerkärung (actione ad declarationem honoris) zu klagen [r].

Die iniuriarum actio fällt weg, wenn der Beleidigte einmal an den Tag gelegt hat, daß er sich die Beleidigung nicht zu Gemüthe ziehe, wenn er eine andere Genugthuung genommen oder sonst mit dem Gegner sich verglichen hat [s]. Sie geht weder auf den Erben des Beleidigten über, noch gegen den Erben des Beleidigers [t].

Anm. 1 Vergl. überhaupt A. D. Weber, über Injurien und Schmähschriften, Schwerin 1793...1800, 4te Aufl. Leipzig 1820. Injurien können auch strafrechtlich verfolgt werden (§. 10. J. h. t.), und die neuere Gesetzgebung neigt dahin, dieselben dem Gebiet des Civilrechts ganz zu entziehen. Vgl. Walter, im neuen Arch. des Criminalrechts, IV. S. 108. fg. 241. fg. Mittermaier im Rechtslex. V. S. 863...904.

2 L. 15. §. 25. D. h. t. Ait praetor: *ni quid infamandi causa fiat: si quis adversus ea fecerit, prout quaeque res erit, animadvertam.* §. 26. Hoc edictum supervacuum esse, Labeo ait: quippe cum ex generali (clausula) iniuriarum agere possumus; sed videtur et ipsi Labeoni et ita se habet, praetorem eandem causam secutum voluisse etiam specialiter de ea re loqui. Vgl. §. 2. ibid. Ait praetor: *Qui adversus bonos mores convicium cui fecisse cuiusve opera factum esse dicetur, quod adversus bonos mores convicium fieret: in eum iudicium dabo.*

3 Als einen Fall einer Delictsobligatio wegen Verletzung der Person führt man noch insbesondere widerrechtliche Gefangenhaltung einer freien Person an, als welche das interdictum de homine libero exhibendo (Dig. 43. 29. Cod. 8. 8.) begründe. Vang. §. 702. vgl. Unterholzner II. S. 214. Allerdings kann jene für den Gefangenen iniuriarum actio erzeugen (not. c. d.), und unter Umständen auch eine Schadensklage (§. 334. 335. not. a.). Aber das genannte Interdict (eine Popularklage, L. 3. §. 9. D. l. c.) kann schon nach Justinianischem Recht nicht mehr ins Obligationenrecht gestellt werden, da nicht zu ersehen ist, daß es irgend eine und welche vermögensrechtliche Wirkung für den Kläger hatte. Nach älterem Recht wurde eine solche durch Sponsionen vermittelt. Gai. IV. §. 165. Heutzutage ist es als privatrechtliche Klage entschieden unpraktisch.

r KGO. II. 28. §. 4. s §. 12. J. h. t. L. 11. §. 1. L 17. §. 6. D. h. t. t L. 13. pr. L. 28. D. h. t. (§. 104.).

III. Die übrigen vermischten Fälle von Obligationen.

A. Klagen auf Rückerstattung grundlosen Gewinnes.

§. 340.

Es gibt eine Reihe von Klagen, welche die Rückerstattung eines Vermögensgewinnes bezwecken, den der Gegner auf Kosten des Vermögens des Klägers gemacht hat, ohne daß ein rechtlicher Grund dafür besteht. Sie werden als Condictionen bezeichnet [1]. Gemeinschaftliche Voraussetzung derselben ist: 1) daß der eine (der Beklagte) wirklich eine Bereicherung erhalten habe, deren Rückerstattung durch sie zu bewirken ist; daher finden sie nicht statt, wenn es sich nur um Herausgeben eines Gegenstandes handelt, der nicht in das Vermögen des Gegners übergegangen ist, sondern noch als nicht dazu gehörig mit dinglicher Klage in Anspruch genommen werden kann [2]; 2) daß diese Bereicherung aus dem Vermögen des Andern (des Klägers) oder auf dessen Kosten [3] gewonnen worden sey; 3) daß kein rechtlicher Grund dieser Vermögensänderung bestehe. Der allgemeine Grund der Verpflichtung zur Rückgabe ist die Grundlosigkeit des vom Verpflichteten gemachten Vemögensgewinnes, sey es, daß dieser Mangel von Anfang an bestand oder erst durch einen spätern Umstand sich herausstellte. Der Mangel eines rechtlichen Grundes aber kann darin liegen, daß eine Vermögenszuwendung unter einer Gegenwart oder Zukunft betreffenden Voraussetzung stattgefunden hat, die sich in der That nicht bewährt [4] oder darin, daß der Grund des Erwerbes ein rechtswidriger oder unsittlicher ist. Es kann aber auch sonst an einem Grunde der Bereicherung schlechthin fehlen. Hiernach sind nun theils für bestimmte Fälle Klagen von genauer bezeichnetem Inhalt gegeben (§. 341... 344.), theils eine Klage von allgemeinerm Charakter (§. 345.).

Anm. 1 Ueber die Condictionen überhaupt vergl. vorzüglich Sav. V. S. 503 . . . 642. Puchta Inst. II. §. 165. Dazu jetzt Götz meditationes de condictionum doctrina spec. I. II. Lipsiae 1856. — Ueber den Ursprung der Benennung von der legis actio per condictionem: §. 15. J. de action. 4. 6. Gai. IV. §. 12. 18. „nunc vero non proprie condictionem dicimus actionem in personam esse, qua intendimus *dare nobis oportere*,“ vgl. IV. §. 5. „*dare fierive oportere.*“ Daher condictio certi (insbesondere „si certum petetur,“ Dig. de rebus creditis, si certum petetur et de condictione. 12. 1. Cod. si certum petatur 4. 2.) und condictio incerti; condictio triticaria? (Dig. de condictione triticaria. 13. 3.). Als Entstehungsgründe von

Condictionen kommen vor: a) Darlehen (§. 280.), b) grundloses Haben (§. 340... 345.), c) Formalcontracte (§. 232.) und Legat (L. 9. §. 1. D. de reb. cred. 12. 1. Gai. II. 204.); sodann noch lex (Dig. de condictione ex lege 13. 2. cf. §. 24. J. de action. 4. 6. L. 28. D. de adult. 48. 5. L. 12. §. 1. Cod. de pet. hered. 3. 31. vgl. Sav. S. 542. fg.).

[2] §. 14. J. h. t. Gai. IV. §. 4. Certum est, non posse nos rem nostram ab alio ita petere: *si paret eum dare oportere;* neque enim quod nostrum est nobis dari potest, cum solum id dari nobis intelligatur, quod sic datur, ut nostrum fiat, nec res, quae nostra est, amplius nostra fieri potest. Vgl. L. 15. D. de cond. causa data. 12. 4. Sed Proculus dari oportere ita ait, si fecisses eius hominem. — Jedoch eine Ausnahme: Plane odio furum ... effectum est, ut ... rei recipiendae nomine fures hac actione etiam teneantur: *si paret eos dare oportere,* quamvis sit etiam adversus eos haec actio, qua *rem nostram esse* petimus. L. 12. in f. D. usufr. quemadm. cav. 7. 9. Et proditum est, neminem rem suam, nisi furi, condicere posse. Vgl. §. 323. Sav. V. S. 351. fg. Auch bei der condictio indebiti behauptet eine Ausnahme von der Regel Renaud im civ. Arch. XXIX. S. 147. fg. Dagegen Erxleben, die condictiones sine causa I. S. 41. fg. Vgl. aber noch Seuffert Arch. III. 177. — Uebrigens kann als rechtloser Gewinn auch das Verzehren eines Gegenstandes die Verpflichtung zur Rückgabe begründen: L. 29. D. cond. indeb. 12. 6. „Et si quidem extant nummi, vindicabuntur, consumtis vero, condictio locum habebit. L. 22. §. 2. D. de pign. act. 13. 7. A praedone enim fructus et vindicari extantes possunt et consumti condici. L. 3. Cod. de cond. ex lege. 4. 9. L. 53. D. de cond. indeb. 12. 6. L. 11. §. 2. D. de reb. cred. 12. 1. (§. 280. Anm. 2.)

[3] Sav. V. S. 526. 27. „Ebenso ist es aber auch nöthig, daß dasjenige, was dem Andern zur Bereicherung diente, vorher schon wirklich einmal zum Vermögen dessen gehört habe, welcher darauf eine Condiction gründen will.“ Dieser Satz wäre falsch, wenn er so verstanden würde, daß, was dem Andern zugekommen ist, vorher im Eigenthum des Condicirenden gewesen seyn müsse. L. 55. D. de cond. indeb. 12. 6. L. 26. §. 12. eod. L. 23. pr. D. de reb. cred. 12. 1. L. 1. pr. L. 3. D. cond. sine causa. 12. 7. Seuffert Arch. II. 57. Aber der von jenem gewonnene Vortheil muß doch dem Vermögen des letzten entzogen seyn.

[4] Ueber die Fälle dieser Art vgl. insbesondere Windscheid, die Lehre des R. Rts von der Voraussetzung. Düsseldorf 1850. Vgl. noch H. Witte, die Bereicherungsklagen. S. 41. fg.

§. 341.

1) Condictio indebiti [a].

Die condictio indebiti [1] steht regelmäßig demjenigen und nur demjenigen zu, welcher einem andern zum Zweck der Erfüllung einer wirklich nicht begründeten aber aus entschuldbarem Irrthum

[a] Dig. de condictione indebiti. 12. 6. Cod. 4. 5.

vorausgesetzten Rechtsverbindlichkeit etwas geleistet hat, und geht auf Rückerstattung des diesem auf solche Weise ohne Grund zugekommenen Vermögensvortheils. Demnach ist

1) zur Begründung dieser Klage erforderlich: a) daß mit Rücksicht auf eine vermeintliche Schuldverbindlichkeit, solvendi causa [b], etwas geleistet worden sey, es sey als eigentlicher Schuldgegenstand oder als datum in solutum oder umgekehrt als Aestimatio [c], es bestehe das Geleistete im Eigenthum einer Sache oder auch bloß deren Besitz [d], oder in einem ius in re aliena oder der Befreiung von einem solchen [e], oder in Befreiung von einer Schuld, durch Zahlung oder Novation oder Erlaß, oder in Zuwendung einer Forderung, durch Cession oder Delegation oder auch durch eigenes Versprechen, worüber etwa zugleich ein Schuldschein ausgestellt seyn mag [f]; oder endlich in Diensten, die einer Schätzung in Geld unterliegen [g]; b) daß die vorausgesetzte Verbindlichkeit, ipso iure oder per exceptionem, wirklich nicht bestanden [h], auch nicht als naturalis obligatio, [i] sogar das Daseyn einer bloßen Anstandspflicht [2] kann die Rückforderung als unanständig oder unbillig ausschließen [k]; vorzeitige Zahlung einer unbedingten Schuld begründet die Klage nicht [3], wohl aber Zahlung einer noch bedingten Schuld [l]: desgleichen auch Zahlung an einen Andern, als den wahren Gläubiger oder dessen befugten Stellvertreter [m], sowie umgekehrt von Seiten eines Andern als des wahren Schuldners [n], falls er nämlich die Schuld als die seinige zahlte [4]; ferner Leistung unter Voraussetzung einer von der wirklich begründeten verschiedenen Schuldverbindlichkeit [o]; c) daß die Leistung aus Irrthum in Betreff der Schuldverbindlichkeit geschehen sey [p], und zwar aus entschuldbarem Irrthum [q], also regelmäßig nicht aus Rechtsirrthum [r], wofern nicht eben auch dieser den Umständen

[b] L. 52. 65. §. 2. D. h. t. [c] L. 26. §. 4...6. eod. [d] L. 15. §. 1. 2. eod. cf. L. 19. §. 2. eod. L. 13. §. 2. D. de reb. cred. 12. 1. [e] L. 12. 22. §. 1. L. 65. §. 7. D. h. t. cf. L. 1. §. 1. D. commod. 13. 6. L. 17. pr. D. de praescript. verb. 19. 5. [f] L. 31. 40. §. 2. L. 47. D. h. t. L. 3. Cod. h. t. cf. L. 5. §. 1. D. de act. emti. 19. 1. [g] L. 26. §. 12. D. h. t. [h] L. 54. eod. L. 26. §. 3. L. 40. pr. 41. eod. [i] L. 9. 13. 19. pr. 38. pr. 40. pr. 51. 64. eod. §. 217. [k] L. 32. §. 2. D. h. t. L. 26. §. 12. eod. [l] L. 10. 16...18. 56. 60. §. 1. eod. [m] L. 6. §. 1. 2. L. 22. 65. §. 9. eod. [n] L. 65. §. 9. cit. L. 19. §. 1. eod. cf. L. 8. 44. eod. L. 66. D. de solut. 46. 3. L. 12. 13. D. de novat. 46. 2. L. 2. Cod. h. t. [o] L. 19. §. 3. 4. L. 20. 26. §. 4...6. L. 31. 32. pr. §. 3. D. h. t. [p] L. 53. D. de R. J. L. 24. 36. §. 3. 8. L. 50. 54. D. h. t. [q] L. 25. pr. D. de probat. 22. 3. cf. L. 1. §. 1. D. h. t. [r] L. 10. Cod. de iuris et facti ignor. 1. 18. L. 9. §. 5. D. de iur. et facti ignor. 22. 6. cf. L. 6. Cod. l. c. L. 6. 7. Cod. h. t.

nach [s] oder aus persönlichen Gründen [t] als entschuldbar erscheint [5]. Doch genügt auch ein bloßer Zweifel über die Schuld, falls nicht ein Verzicht auf die Bestreitung derselben vorliegt [u]. Den Beweis der geschehenen Zahlung hat der Kläger zu führen; ist sie nicht abgeläugnet, so liegt ihm regelmäßig ob [v], die Umstände nachzuweisen, wodurch er zu irrthümlicher Annahme der Schuldverbindlichkeit verleitet worden ist [6]. Kläger ist übrigens, wer selbst oder durch einen Andern geleistet hat [w], Beklagter der Empfänger oder wer den Empfang durch einen Andern genehmigt hat [x].

2) Gegenstand der Klage ist, was dem Beklagten durch die Zahlungs halber geschehene Leistung zugekommen ist, unmittelbar oder mittelbar, daher auch die Accessionen der empfangenen Sache, Früchte und anderer Gewinn; aber, sofern der Empfänger in gutem Glauben ist, beschränkt sich seine Verbindlichkeit auf dasjenige [7], was ihm als Vermögensgewinn geblieben ist [y].

3) Ausgeschlossen ist die condictio indebiti a) wenn die vermeintliche Schuld eine solche ist, die wegen Läugnens auf das Doppelte geht [z], b) wenn die Zahlung zur Erfüllung eines Urtheils [8], ex causa iudicati, geleistet ist [zz].

Anm. [1] Vgl. überhaupt Erxleben, die condictiones sine causa. Abth. 1. Leipzig 1850., und über die mannichfaltigen Streitfragen in dieser Lehre: Holzschuher II. 2. S. 462 ... 486. — Die condictio indebiti wird von den Römern unter den Gesichtspunkt einer obligatio quasi ex contractu gestellt, vergleichbar der Darlehensverbindlichkeit. §. 6. J. de obl. quasi ex contr. 3. 27. §. 1. J. quib. mod. re contrah. obl. 3. 14. cf. Gai. III. 91. L. 5. §. 3. D. de O. et A. 44. 7. Vgl. Erxleben S. 14. fg.

[2] L. 32. §. 2. h. t. Mulier si in ea opinione sit, ut credat se pro dote obligatam, quidquid dotis nomine dederit, non repetit: *sublata enim falsa opinione, relinquitur pietatis causa, ex qua solutum repeti non potest.* Davon läßt sich auch Anwendung machen auf den Fall geleisteter Alimente: arg. L. 11. 15. Cod. de neg. gest. 2. 19. L. 5. §. 14. D. de agnosc. et al. lib. 25. 3. — Streitig ist, ob aus diesem Gesichtspunkte auch L. 26. pr. D. h. t. (Si non sortem quis sed usuras indebitas solvit, repetere non

[s] L. 9. §. 3. D. de iur. et facti ignor. 22. 6. cf. L. 1. pr. D. ut in poss. legat. 36. 4. [t] L. 25. §. 1. D. de probat. 22. 3. L. 9. Cod. ad Sc. Vell. 4. 29. [u] L. 11. Cod. h. t. cf. L 63. §. 1. D. h. t. [v] L. 25 D. de probat. 22. 3. [w] L. 5. 6. pr. L. 57. D. h. t. L. 6. Cod. h. t. [x] L. 6. §. 1. 2. D. h. t. L. 14. D. de cond. causa dat. 12. 4. L. 49. D. h. t. cf. L. 66. D. de solut. 46. 3. [y] L. 15. pr. §. 1. L. 19. §. 2. L. 26. §. 3...6. 12. L. 65. §. 5...8. D. h. t. L. 3. 10. Cod. h. t. cf. L. 1. Cod. eod. §. 251. Anm. 3. [z] §. 6. 7. J. de obl. quasi ex contr. 3. 27. L. 4. Cod h. t. (§. 252.). [zz] L. 1. Cod. h. t. L. 2. Cod. de compensat. 4. 31. L. 36. D. fam. erc. 10. 2. L. 74. §. 2. D. de iud. 5. 1. L. 29. §. . D. mand. 17. 1. cf. L. 35. D. h. t.

poterit, si sortis debitae solvit) zu erklären sey? Thibaut Vers. II. 5. Nr. 3. Vang. I. §. 76. Anm. 2. Dagegen wieder Erxleben S. 63. fg., welcher mit Andern die Stelle von wissentlicher Zahlung nicht schuldiger Zinsen versteht, dessen Gründe „aber doch nicht stark genug", Brinz I. S. 415. Anders im Fall der Zinszahlung für eine irrthümlich angenommene Hauptschuld: L. 26. §. 2. eod.; desgleichen bei unerlaubten Zinsen: L. 26. pr. §. 1. eod. (§. 209.).

3 Auch nicht bezüglich des Gewinns durch das Interusurium? Erxleben S. 94. fg.

4 L. 65. §. 9. D. h. t. Indebitum est non tantum quod omnino non debetur, sed et quod alii debetur, si alii solvatur, aut si id, quod alius debebat, alius, quasi ipse debeat, solvat. L. 44. eod. Repetitio nulla est ab eo, qui suum recepit, tametsi ab alio, quam vero debitore, solutum est. Wer aber wissentlich die Schuld eines Andern bezahlt oder für denselben sich verpflichtet hat, kann gegen diesen die condictio indebiti haben, wenn es in irriger Voraussetzung einer Verbindlichkeit gegen ihn geschah (not. n.). Und wer von seinem vermeintlichen Gläubiger einem Andern entweder als dessen vermeintlichem Gläubiger oder Schenkungshalber delegirt ist, hat auch gegen den letzten doli exceptio und condictio. L. 7. D. de doli exc. 44. 4. L. 2. §. 3. 4. D. de donat. 39. 5.

5 Die Frage, ob auf die Entschuldbarkeit des Irrthums und daher auf den Unterschied zwischen factischem und Rechtsirrthum etwas ankomme? ist sehr streitig. A. M. sind u. a. Mühlenbruch im civ. Arch. II. 35. Renaud im civ. Arch. XXIX. 4. 14. Herrmann in Linde's Ztschr. n. F. III. 3. Holzschuher S. 471. fg. Christiansen zur Lehre v. d. naturalis obligatio S. 69. fg. Vgl. dagegen Sav. III. S. 359. 447. fg. Erxleben S. 70. fg. Vang. III. §. 625. Anm. 1. Nr. II. Seuffert's Arch. II. 187. Eine Mittelmeinung hält nur bei indebita promissio die Qualität des Irrthums für unerheblich, vorzüglich wegen L. 1. pr. D. 36. 4. Donell. I. cap. 21. §. 15. cap. 22. §. 1. 2. Seuffert §. 436. not. 14. Arch. IV. 55. — Uebrigens: a) Interdum persona locum facit repetitioni, utputa si pupillus sine tutoris auctoritate vel furiosus, vel is, cui bonis interdictum est, solverit. L. 29. D. h. t. b) Auch der Irrthum des Empfängers kommt insofern in Betracht, als dieser sonst ein Furtum begeht und daher condictio furtiva gegen ihn stattfindet. L. 14. D. de cond. causa dat. 12. 4. L. 18. D. de cond. furt. 13. 1. L. 43. pr. . . . §. 3. D. de furt. 47. 2. cf. L. 37. D. h. t. Vang. III. §. 625. Anm. 1. Nr. III.

6 L. 25. pr. in f. D. de probat. Sin vero ab initio confiteatur quidem suscepisse pecunias, ... eum, qui dicit, indebitas solvisse, compelli ad probationes, quod per dolum accipientis vel aliquam iustam ignorantiae causam indebitum ab eo solutum, et nisi hoc ostenderit, nullam eum repetitionem habere. Ausnahme: L. 25. §. 1. ibid. Sin autem is, qui indebitum queritur, vel pupillus vel minor sit, vel mulier, vel forte vir quidem perfectae aetatis, sed miles vel agricultor et forensium rerum expers vel alias simplicitate gaudens et desidiae deditus, tunc eum, qui accepit pecunias, ostendere bene eas accepisse et debitas ei fuisse solutas.

Jedoch: §. 2. ibid. Sin autem pro parte queritur, quod pars pecuniae solutae debita non est, vel quod ab initio quidem debitum fuit, sed vel dissoluto debito postea ignarus iterum solvit, vel exceptione tutus errore eius pecunias dependit, ipsum omnimodo hoc ostendere. Vgl. darüber Benfey in Linde's Ztschr. XIV. 7. Sav. III. S. 466. Sint. §. 109. not. 57. Holzschuher S. 479. fg. Windscheid a. a. O. S. 189. fg. Römer über Beweislast hinsichtlich des Irrthums S. 55. fg. Bähr die Anerkennung als Verpflichtungsgrund S. 75. fg. 141. fg. 252. fg. Vang. III. §. 625. Anm. 2. (vgl. §. 233. Anm. 3.).

[7] L. 7. D. h. t. Quod indebitum per errorem solvitur, aut ipsum aut tantundem (sc. ex eodem genere: L. 25. D. de praescript. verb. 19. 5.) repetitur. L. 26. §. 12. eod. . . . Sed hae, inquit (Celsus), operae recipiunt aestimationem, et interdum, licet aliud praestemus, inquit, aliud condicimus: utputa fundum indebitum dedi, et fructus condico, vel hominem indebitum et hunc sine fraude modico distraxisti; nempe hoc solum refundere debes, quod ex pretio habes; vel meis sumtibus pretiosiorem hominem feci, nonne aestimari haec debent? Zum Theil abweichender Meinung ist Erxleben S. 182. fg., indem er L. 26. §. 12. cit. durch Vergleichung mit L. 1. §. ult. L. 2. D. depos. 16. 3. (§. 285. not. i.) erklärt, nicht bedenkend, daß die condictio indebiti keine bonae fidei actio war und daß die Erfüllung einer stricten Obligatio auf dare oportere an sich nicht unmöglich wird durch Veräußerung der zu gebenden Sache. Vgl. Vang. III. §. 625. Anm. 3. Dagegen mit Erxleben stimmend Brinz I. S. 404. fg.

[8] Dieser Fall war nach älterem Recht einer von denjenigen, und zwar der vorzüglichste, in welchen lis infitiando crescebat in duplum. Dieses ist im Justinianischen Recht beseitigt, jener Satz aber (not. zz.) beibehalten. Er hindert nicht die Wiedererlangung des Gezahlten mittels der Nichtigkeitsbeschwerde gegen das Urtheil. arg. L. 11. D. de appell. 49. 1. Vgl Rudorff in der Ztschr. für gesch. Rlsw. S. 322. fg. Gegen die Meinung, daß auch im Fall irrthümlicher Annahme eines wirklich gar nicht gefällten Urtheils die Condictio ausgeschlossen sey (Vang. Anm. 1. arg. L. 36. D. 10. 2.). s. Sintenis §. 109. not. 46. — Ueber die Zweifel gegen die praktische Gültigkeit der Ausnahmen in not. z. zz. Holzschuher S. 483. — Zweifelhaft ist die Bedeutung des Satzes: Poenae non solent repeti, cum depensae sunt. L. 42. D. h. t. L. 46. D. de R. J. cf. L. 3. §. 14. D. de tab. exhib. 43. 5. L. 1. §. 2. D. de lege Jul. amb. 48. 14. Unterholzner I. §. 247. not. d. II. 318. not. s. §. 322. not. g. Vang. a. a. O. S. 407. Brinz I. S. 415.

§. 342.

2) Condictio ob causam datorum [a].

Wer etwas gegeben hat, unter Voraussetzung eines künftigen Umstandes, kann, wenn dieser nicht eintritt, mittels der condictio

[a] Dig. de condictione causa data causa non secuta. 12. 4. Cod. de condictione ob causam datorum. 4. 6.

ob causam dati [1] das Gegebene nebst Früchten und anderm Zuwachs [b] zurückfordern. Die Bedingungen dieser Klage sind: 1) daß unter erklärter Voraussetzung eines künftigen Erfolgs, ohne Unsittlichkeit des Gebers oder Empfängers, d. i. ob rem oder ob causam futuram, non inhonestam [2], dem einen von dem andern eine Vermögensvermehrung gewährt worden sey [c]; diese causa futura mag in Handlungen des Empfängers [d] oder in andern Umständen [e] bestehen; 2) daß jener Erfolg ausbleibe, causa non secuta [f], es sey durch Schuld des Empfängers oder aus Zufall [g]. Besteht jedoch die in Aussicht genommene Thatsache in einer dem Empfänger auferlegten Leistung, so findet die Condictio in der Regel nicht statt [h], wenn ihm jene ohne seine Schuld unmöglich geworden ist [3]. Auch die Sinnesänderung des Gebers kann nach besonderer Beschaffenheit des Geschäfts die Klage erzeugen, insofern nämlich der Eintritt des Erfolges, in Beziehung auf welchen gegeben ist, nach der Natur der Sache oder nach besonderer Festsetzung von der Willkür des Gebers abhängig ist [i]. Die Verpflichtung des Empfängers geht auf Rückerstattung des ganzen Vortheils, den er unmittelbar oder mittelbar durch das Empfangene erlangt hat [k], sofern er nicht dasselbe ganz oder zum Theil der Bestimmung des Gebers gemäß schon wirklich verwendet hat [l], oder ohne seine Schuld durch das Geschäft einen Verlust erlitten hat [m], oder ihm die Rückerstattung ebenfalls ohne seine Schuld [n] unmöglich geworden ist.

Anm. [1] Vgl. überhaupt Wächter doctrina de condictione causa data causa non secuta. (§. 235. Anm.) und jetzt vorzüglich Erxleben, die condictiones sine causa, 2. Abth. die condictio causa data causa non secuta. Göttingen 1853. (520. S.).

[2] L. 1. D. de cond. ob turp. caus. 12. 5. Omne, quod datur, aut ob rem datur aut ob causam, et ob rem aut turpem aut honestam ...

[b] L. 7. §. 1. L. 12. D. h. t. L. 38. §. 1. 3. D. de usur. 22. 1. [c] L. 1. pr. D. h. t. cf. L. 4. 10. eod. L. 1. pr. §. 1. 2. D. de cond. sine causa. 12. 7. L. 18. §. 1. L. 31. §. 3. D. de m. c. donat. 39. 6. L. 4. Cod. h. t. [d] L. 3...5. 11. D. h. t. [e] L. 1. §. 1. L. 2. 7. §. 1. L. 10. 14. eod. [f] L. 1. §. 1. D. de cond. ob turp. caus. 12. 5. [g] L. 2. 7. §. 1. L. 10. D. h. t. L. 3. §. 5. eod. [h] L. 10. 11. Cod. h. t. L 3. §. 3. L. 5. pr. D. eod. L. 5. §. 1. D. de praescript. verb. 19. 5. — L. 8. Cod. h. t. — L. 16. D. h. t. [i] arg. L. 38. §. 1. D. de usur. 22. 1. L. 10. D. de spons. 23. 1. L. 7. §. 3. D. de iure dot. 23. 3. L. 8. D. h. t. L. 35. §. 4. D. de m. c. don. 39. 6. [k] L. 7. §. 1. L. 12 D. h. t. L. 13. pr. L 18. §. 1. 3. L. 31. §. 3. 4. D. de m. c. don. 39. 6. [l] L. 5. pr. §. 2. D. h. t. [m] L. 5. §. 3. 4. eod. [n] L. 19. 37. §. 1. L. 39. D. de m. c. donat. cf. L. 5. §. 2. cit. L. 38. §. 1. D. de usur. 22. 1.

§. 1. Ob rem igitur honestam datum ita repeti potest, si res, propter quam datum est, secuta non est. Cf. L. 52. D. de cond. indeb. 12. 6. Damus aut ob causam aut ob rem. Ob causam, praeteritam; veluti cum ideo, quod aliquid a te consecutus sum, vel quia aliquid a te factum est, ut etiam, si falsa sit causa, repetitio eius pecuniae non sit. Ob rem vero datur, ut aliquid sequatur; quo non sequente, repetitio competit. Aber: L. 3. §. 7. D. h. t. Quamquam constet ... eum, qui dedit ea spe, quod se ab eo, qui acceperit, remunerari existimaret, vel amiciorem sibi esse eum futurum, repetere non posse opinione falsa deceptum. cf. L. 7. Cod. h. t. L. 25. Cod. de transact. 2. 4. Die einzelnen Fälle kann man mit Erxleben S. 49. fg. in drei Classen eintheilen: a) wenn das Gegebene unmittelbar durch sich selbst einen Zweck bestimmter Art erfüllen soll, dies aber noch vom Hinzutreten gewisser anderer Umstände abhängt; dahin gehört α) dotis datio vor der Ehe. L. 6...10. D. h. t. L. 1. Cod. h. t. L. 7. §. 3...L. 9. pr. L. 10. §. 4. 5. L. 74. D. de iure dot. 23. 3. u. a. β) Schenkung unter Verlobten: L. 1. §. 1. D. de donat. 39. 5. Fragm. Vat. §. 262. cf. L. 15. 16. Cod. de don. ante nupt. 5. 3. γ) mortis causa donatio. L. 12. D. h. t. L. 35. D. de m. c. don. 39. 6. δ) implendae conditionis causa datum. L. 1. §. 1. L. 2. D. h. t. L. 65. pr. §. 3. D. de cond. indeb. 12. 6. ε) Erfüllung oder Sicherstellung einer noch nicht eingetretenen oder noch ungewissen Verbindlichkeit in Erwartung ihres Eintritts oder ihrer Feststellung. L. 13. 15. D. h. t. L. 7. pr. Cod. de n. n. p. 4. 30. L. 3. §. 5. D. de collat. bon. 37. 6. ζ) Ausstellung einer Empfangbescheinigung vor der Zahlung (§. 262. 282.), welcher Fall jedoch auch unter §. 345. Anm. 1. gestellt werden könnte. η) Zahlung in Erwartung nachfolgender Befreiung, insbesondere Zahlung an den Stellvertreter in Erwartung der Genehmigung des Gläubigers. L. 2. §. 1. D. de V. O. 45. 1. L. 26. §. 13. 14. D. de cond. indeb. 12. 6. L. 14. D. h. t. L. 58. pr. D. de solut. 46. 3. b) wenn etwas gegeben ist, damit es der Empfänger in bestimmter Weise verwende, sey es zur Erfüllung eines Auftrags (L. 5. pr. §. 1. 2. L. 11. D. h. t. oder als donatio oder legatum sub modo (§. 74.). c) wenn etwas gegeben ist, um den Empfänger sonst zu einem gewissen Thun oder Unterlassen zu bestimmen, was ebenfalls unter den Begriff der donatio oder des legatum sub modo fallen, aber auch sonst auf Erzielung einer bestimmten Leistung gerichtet seyn kann, z. B. L. 4. 5. 11. Cod. h. t. Unter den letzten Gesichtspunkt stellen sich nach R. R. auch die ungenannten Contracte (§. 235.). Vgl. noch überhaupt Windscheid a. a. O. S. 19. fg. 88. fg. 153. fg.

[3] Vgl. Vang. III. §. 591. Windscheid a. a. O. S. 177. fg. Erxleben S. 386. fg. Brinz I. §. 97. — Ueber die Frage, was der Kläger zu beweisen habe, ob auch, daß causa non secuta sey? Erxleben S. 499., dagegen Windscheid a. a. O. S. 189. Bähr die Anerkennung S. 64. fg., gegen diese wieder Brinz §. 97. a. E. Schlesinger z. Lehre v. d. Formalcontracten. S. 31. fg. Vergl. H. Witte a. a. O. S. 160. fg.

§. 343.

3) Condictio ob turpem causam.

Was Jemand um eines künftigen Erfolgs willen unsittlicher Weise (ob turpem causam) empfangen hat, kann der Geber, falls nicht auch das Geben aus jenem Grunde eine Unsittlichkeit war, durch diese Klage zurückfordern, gleichviel, ob jener Erfolg eingetreten ist oder nicht [a].

Anm. L. 1. §. 2. D. h. t. Quodsi turpis causa accipientis fuerit, etiamsi res secuta sit, repeti potest. L. 3. eod. Ubi autem et dantis et accipientis turpitudo versatur, non posse repeti dicimus, veluti si pecunia detur, ut male iudicetur. L. 4. §. 3. eod. Sed quod meretrici datur, repeti non potest, ut Labeo et Marcellus scribunt: sed nova ratione, non ea, quod utriusque turpitudo versatur, sed solius dantis; illam enim turpiter facere, quod sit meretrix, non turpiter accipere, cum sit meretrix. Vgl. Seuffert's Arch. I. 195. 196. II. 19. III. 20. IV. 231.

§. 344.

4) Condictio ob iniustam causam.

Mit dieser Klage kann dasjenige, was Jemanden durch eine von ihm begangene unerlaubte Handlung aus dem Vermögen eines Andern zugekommen ist, durch den Verlierenden zurückgefordert werden [a].

Anm. L. 6. D. h. t. Perpetuo Sabinus probavit veterum opinionem, id, quod ex iniusta causa apud aliquem sit, posse condici. In qua sententia etiam Celsus est. L. 7. eod. Ex ea stipulatione, quae per vim extorta esset, si exacta esset pecunia, repetitionem esse constat. Vgl. §. 323. Gegen den Zweifel, ob es eine von der cond. ob turpem causam verschiedene cond. ex iniusta causa gebe? s. Vang. III. §. 627.

§. 345.

5) Condictio sine causa [a].

Diese Klage findet überhaupt statt, wenn Jemand ohne allen Grund etwas hat auf Kosten des Vermögens eines Andern, sey es, daß es an einem Grunde des Erwerbes von Anfang

[a] L. 1...5. L. 8. 9. D. de condictione ob turpem vel iniustam causam. 12. 5. Cod. de condictione ob turpem causam. 4. 7. cf. L. 5. pr. D. de cond. sine causa. 12. 7. L. 5. §. 1. D. de calumn. 3. 6.

[a] L. 6. 7. D. de condictione ob turpem vel iniustam causam. 12. 5. L. 3. Cod. de condictione ex lege vel sine causa vel iniusta causa. 4. 9. cf. D. 13. §. 1. D. depos. 16. 3.

[a] Dig. de condictione sine causa. 12. 7. cf. Cod. 4. 9.

an fehlte[1], oder daß der Anfangs vorhandene Grund später weggefallen ist[2].

Anm. 1 Fälle dieser Art sind z. B. a) wenn um eines rechtlich unmöglichen Erfolges willen etwas gegeben ist, L. 5. pr. §. 1. D. h. t.; oder b) vermöge eines nichtigen Geschäfts, L. 6. D. donat. int. v. et u. 24. 1. L. 21. in f. D. de donat. 39. 5. (§. 81. Anm. 2.) L. 18. Cod. de usur. 4. 32. (§. 209. not. f.) L. 23. §. 2. D. de cond. indeb. 12. 6. (§. 269. not. p.); c) wenn Jemand durch unberechtigte Veräußerung der Sache eines Andern einen Gewinn gemacht hat, während diesem auch die Vindication entzogen ist, L. 23. D. de reb. cred. 12. 1. L. 1. Cod. de reb. alien. 4. 51.; d) die Fälle in §. 280. Anm. 2. d. §. 341. Anm. 5. a. cf. L. 34. pr. D. de minor. 4. 4. — Man vgl. übrigens noch §. 152. Anm. 4. §. 155. Anm. 4.

2 Dahin gehört u. a. a) der Fall, wenn Jemand für eine abhanden gekommene Sache von einem Andern Entschädigung erhalten und nachher die Sache selbst wieder bekommen hat, L. 2. d. h. t.; b) die Rückforderung der Schuldurkunde nach Tilgung der Schuld, L. 2. Cod. h. t.; c) desgleichen der Arrha nach Vollziehung des Geschäfts, wegen dessen sie gegeben (§. 240. not. g.), und d) des Gegenstandes des Quasiususfructus, nach Beendigung desselben, wenn keine Caution geleistet war, L. 5. §. 1. D. de usufr. ear. rer. 7. 5. (§. 181.). Ueberhaupt vgl. Vang. III. §. 628. mit Brinz I. §. 99.

§. 346.

B. Actio ad exhibendum[a].

Wer wegen Geltendmachung eines dinglichen[b] oder persönlichen Anspruchs auf eine bewegliche Sache[c] ein rechtliches Interesse[d] bei deren Vorlegung[e] hat, kann darauf den Inhaber derselben[f] mit der actio ad exhibendum belangen, die als arbitraria actio[g] zunächst auf wirkliche Vorlegung der Sache[h], wozu nach Umständen Trennung derselben von einer andern gehört[i], eventuell auf Ersatz des nach Umständen durch Schätzungseid[k] festzustellenden Interesse wegen verschuldeter Vorenthaltung[l] gerichtet ist. Als Klage auf das Interesse findet sie auch gegen den fingirten Besitzer oder Inhaber statt[m]. Ob ein Interesse des Klägers begründet sey, soll vorerst durch summarische Untersuchung ermittelt werden[n]. Bestreitet der Beklagte nicht das Recht des Klägers und legt sich selbst keines bei, weshalb er die Restitution der

a Dig. ad exhibendum. 10. 4. Cod. 3. 42. b L. 1. 3. §. 3. 4. 12. D. h. t. L. 3. §. 1. 5…7. eod. d L. 3. §. 11. L. 19. eod. cf. L. 3. §. 14. eod. e L. 2. eod. L. 22. D. de V. S. f L. 3. §. 15. L. 4. 5. D. h. t. g §. 31. J. de action. 4. 6. h L. 2. 11. §. 1. D. h. t. cf. L. 9 §. 5. eod. i L. 6. 7. pr. §. 1. eod. (§. 152.). k L. 3. §. 2. L. 5. §. 2. eod. (§. 115. 3.). l §. 31. J. cit. L. 9. §. 8. D. h. t. m L. 9. pr. … §. 4. L. 14. D. h. t. (§. 166.). n L. 3. §. 9. 13. eod.

Sache verweigern könnte, so kann dem Erfolg nach auch diese sofort durch die actio ad exhibendum erzielt werden [o].

Anm. [1] L. 2. D. h. t. Exhibere est facere in publico potestatem, ut ei, qui agat, experiundi sit copia. L. 22. D. de V. S. Plus est in restitutione, quam in exhibitione: nam exhibere est praesentiam corporis praebere; restituere est etiam possessorem facere fructusque reddere; pleraque praeterea restitutionis verbo continentur.

[2] L. 19. D. h. t. Ad exhibendum possunt agere omnes, quorum interest. Sed quidam consuluit, an possit efficere haec actio, ut rationes adversarii sibi exhiberentur, quas exhiberi magni eius interesset? Respondit: non oportere ius civile calumniari neque verba captari, sed qua mente quid diceretur animadvertere convenire (§. 7. Anm. 7.); nam illa ratione etiam studiosum alicuius doctrinae posse dicere, sua interesse, illos aut illos libros sibi exhiberi, quia, si essent exhibiti, cum eos legisset, doctior et melior futurus esset. Jedoch: L. 3. §. 14. eod. Interdum aequitas exhibitionis efficit, ut, quamvis ad exhibendum agi non possit, in factum tamen actio detur, ut Julianus tractat. Servus, inquit, uxoris meae rationes meas conscripsit; hae rationes a te possidentur; desidero eas exhiberi. Ait Julianus, si quidem in mea charta scriptae sint, locum esse huic actioni, quia et vindicare eas possum ... Sed si charta mea non fuit, quia vindicare non possum, nec ad exhibendum experiri; in factum igitur actionem mihi competere.

[3] Daß nicht nur gegen den, qui dolo malo possidere desiit, sondern auch gegen den, qui liti se obtulit, die actio ad exhibendum Erfolg habe, wird nicht ausdrücklich bemerkt. Aber die Natur der Sache und die allgemeine Regel in L. 131. D. de R. J. spricht dafür. §. 166. Anm. 2.

[4] Gegenstand der Exhibition sind häufig Urkunden (Anm. 2. a. E.). Eine besondere Klage zu diesem Zweck, letzte Willensordnungen betreffend, ist das interdictum de tabulis exhibendis, das gegen den Besitzer einer solchen Urkunde demjenigen gegeben wird, der ein rechtliches Interesse an deren Einsicht wahrscheinlich machen oder nöthigenfalls durch den Gefährdeeid bewahrheiten mag. Dig. de tabulis exhibendis. 43. 5. Cod. 8. 7. — Ueber Edition von Urkunden im gerichtlichen Verfahren s. Dig. de edendo. 2. 13. Cod. 2. 1. Seuffert §. 434. Bayer ord. Proc. 8. Aufl. S. 955. fg.

§. 347.

C. Klagen auf Gestattung der Wegnahme von Sachen.

Gegen den Eigenthümer eines Grundstücks, auf dem sich fremde Sachen befinden, sind dem Eigenthümer der letzten, um diese zu erlangen, für gewisse Fälle besondere Klagen gegeben: nämlich 1) das interdictum de glande legenda, mit welchem der Grundeigenthümer angehalten werden kann, übergefallene

[o] L. 5. §. 2 ... 5. L. 9. §. 1. 4. eod.

Früchte je einen um den andern Tag [1] gegen cautio damni infecti auflesen zu lassen [a]; 2) actio oder interdictum de thesauro [b], auf Gestattung der Herausnahme von Sachen, die in des Andern Grundstück vergraben sind, ebenfalls gegen cautio damni infecti [2]; 3) interdictum de migrando für den abziehenden Miether, auf Gestattung der Wegnahme seiner nicht verpfändeten Sachen [c]. Verwandt diesen Fällen ist 4) das interdictum de arboribus caedendis [d] auf Gestattung der Behauung oder Wegnahme eines der Gränze zu nahe stehenden fremden Baumes [3], welche dem ungebührlich beschwerten Grundeigenthümer zusteht, wenn der Eigenthümer des Baumes nicht selbst auf Verlangen dem Uebelstande abhilft.

Anm. [1] L. un. D. h. t. Ait praetor: *Glandem, quae ex illius agro in tuum cadat, quominus illi tertio quoque die legere auferre liceat, vim fieri veto.* §. 1. Glandis nomine omnes fructus continentur. Streitfrage: ob die Worte „*tertio quoque die*" auf einen Zwischenraum von zwei freien Tagen zu deuten seyen? Guyet im civ. Arch. XVII. S. 64. fg. Vang. I. §. 297.; oder „einen Tag um den andern" bedeuten? Thibaut civ. Abh. S. 1. fg. Sav. IV. S. 606. Vgl. übrigens Grimm in d. Ztschr. für gesch. Rtsw. III. 11.

[2] Ueber einen Fall dieser Art vgl. Seuffert's Arch. IV. 10. 11.

[3] L. 1. pr. D. h. t. Ait praetor: *Quae arbor ex aedibus tuis in aedes illius impendet, si per te stat, quominus eam adimas, tunc, quominus illi eam arborem adimere sibique habere liceat, vim fieri veto.* §. 7. Deinde ait praetor: *Quae arbor ex agro tuo in agrum illius impendet, si per te stat, quominus pedes quindecim a terra eam altius coerceas, tunc quominus illi ita coercere lignaque sibi habere liceat, vim fieri veto.* §. 8. Quod ait praetor, et lex XII. tabb. efficere voluit, ut quindecim pedes altius rami arboris circumcidantur, et hoc ideo effectum est, ne umbra arboris vicino praedio noceret. §. 9. Differentia duorum capitum interdicti haec est: si quidem arbor aedibus impendeat, succidi eam praecipitur; si vero agro impendeat, tantum usque ad quindecim pedes a terra coerceri. vgl. L. 2. D. eod. Si arbor ex vicini fundo vento inclinata in tuum fundum sit, ex lege XII. tabb. de adimenda ea recte agere potes, ius ei non esse ita arborem habere. — Streitfrage: ob das Interdict in §. 7. sich beziehe auf die Aeste über 15 Fuß? Hugo R. Rtsgesch. S. 204. (vgl. Basil. LX. 16. cap. 13. ed. Heimb. V. p. 560.); oder auf die bis zur Höhe von 15 Fuß? Dirksen in der Ztschr. für gesch. Rtsw. II. S. 424. fg.; sodann nach der zweiten Meinung: ob der Eigenthümer nicht doch auch die Beseitigung der überhängenden Aeste über 15 Fuß fordern könne? Guyet im civ. Arch. XVII. S. 31. fg. Dagegen Vang. §. 297. Anm. 4. a. E. — Analoge Anwendungen wegen Baumwurzeln: L. 1. Cod. de interd. 8. 1.

[a] Dig. de glande legenda. 43. 28. cf. L. 9. §. 1. D. ad. exhib. 10. 4. (§. 131.) Anm. 2.). [b] L. 15. D. ad exhib. 10. 4. [c] Dig. de migrando. 43. 32. (§. 312.) [d] Dig. de arboribus caedendis. 43. 27. (§. 131. Anm 1.).

§. 348.

D. Verbindlichkeit zum Unterhalt einer Person.

Die Verbindlichkeit, Jemanden das Erforderliche zum Unterhalt zu gewähren, Alimentationsverbindlichkeit, wird kraft des Gesetzes [1] durch Verwandtschaft begründet [a]. Es haben diese Pflicht zunächst der Vater und die väterlichen Ascendenten, dann die Mutter und die mütterlichen Ascendenten gegen die Kinder [2], aber auch umgekehrt in gleichem Verhältniß diese gegen jene [b], vorausgesetzt [c] Bedürftigkeit auf der einen, hinlängliches Vermögen auf der andern Seite [3]. Der Umfang der Verbindlichkeit ist nach der Sitte und nach Stand und Vermögen der betheiligten Personen durch richterliches Ermessen (extraordinaria cognitione, §. 100. not. e.) zu bestimmen [d]. Durch schlechtes Betragen [4] kann der Anspruch auf Unterhalt verloren werden [e].

Anm. [1] Eine Alimentationsverbindlichkeit kann außerdem auch begründet werden durch Vertrag oder Vermächtniß, vgl. Dig. de alimentis legatis. 34. 1.; sodann durch Delict, als Theil der Schadensersatzpflicht, L. 7. D. de his qui effud. 9. 3. (§. 324...327.).

[2] Zwischen unehelichen Kindern und ihrem Erzeuger besteht diese Verbindlichkeit nach R. R. nicht, L. 7. D. h. t.; ausgenommen für Concubinenkinder nach nov. 89. cap. 12. §. 4. 6. cap. 13.; insbesondere nicht für Kinder ex damnato coitu, nov. 89. cap. 15. Nach canonischem Rechte aber ist der Erzeuger überhaupt den anerkannten unehelichen Kindern, selbst adulterinis, Alimente zu geben schuldig, cap. 5. X. de eo qui duxit. 4. 7.; und die gemeinrechtliche Praxis gibt denselben auch eine Klage auf Alimentation gegen den muthmaßlichen Erzeuger, der sie nicht freiwillig anerkennt. Diese Verbindlichkeit wird aber von Vielen als eine obligatio ex delicto (des Beischlafs mit der Mutter des Kindes) angesehen, und sind die näheren Bestimmungen darüber sehr streitig. Vgl. Gett die Rechtsverhältnisse aus der außerehelichen Geschlechtsgemeinschaft. München 1836. Holzschuher I. S. 429...446. Schoemann in Linde's Ztschr. n. F. I. 4. Die Praxis gibt außerdem auch der geschwächten Frauensperson eine Entschädigungsforderung gegen den Stuprator, die entschieden als obligatio ex delicto (des unehelichen Beischlafs) zu betrachten ist. Seuffert §. 427. 428. Gett a. a. O. Holzschuher I. S. 415...428. Vgl. Seuffert's Arch. I. 83. 153. 227. 228. II. 4. 44. 56. 57. 118. 186. 296. III. 60. 155. 254. 264 IV. 49. 50. 51. 148. 230. 234. 255. V. 175. 176. 290. VI. 200. u. a. — Zur legislativen Beurtheilung dieser Verhältnisse vgl. noch insbesondere Gett, theoret. prakt.

[a] Dig. de alendis liberis vel parentibus vel patronis vel libertis. 25. 3. Cod. de alendis liberis ac parentibus. 5. 25. [b] L. 5. 8. D. h. t. nov. 117. cap. 7. [c] L. 5. §. 7. 19. L. 9. D. h. t. L. 2...4. Cod. h. t. L. 8. §. 5. Cod. de bon. quae lib. 6. 61. [d] L. 5. §. 7. 10...12. 25. 26. D. h. t. cf. L. 43. 44. 234. §. 2. D. de V. S. [e] L. 5. §. 11. 23. D. h. t.

Ausf. z. L. über die rechtl. Verhältnisse bezüglich der außerehel. Kinder sowie der Deflorationsentschädigung. Bd. I. Nördlingen 1851. Arnold, über Alimentations- und Deflorationsklagen. München 1851. krit. Ueberschau I. S. 310. fg.

3 Manche nehmen auch unter Geschwistern gegenseitig eine Alimentationspflicht an; Thibaut Verf. I. 12. arg. L. 12. §. 3. L. 13. §. 2. D. de adm. tut. 26. 7. L. 4. D. ubi pupill. 27. 2. L. 1. §. 2. D. de tut. act. 27. 3.... Sed nonnullos casus posse existere, quibus sine reprehensione tutor auctor fit pupillo ad diminuendum, decreto scilicet interveniente; veluti si matri aut sorori, quae aliter se tueri non possunt, tutor alimenta praestiterit; nam cum bonae fidei iudicium sit, nemo feret aut pupillum aut substitutum eius querentes, quod tam coniunctae personae alitae sint. Quinimo per contrarium putat posse cum tutore agere, si tale officium praetermiserit. Dagegen Müller im civ. Arch. XIII. 13. Puchta §. 316. „Diese Stellen enthalten nichts davon, die letzte vielmehr das Gegentheil“ (?)

4 Dies ist nicht blos auf die Enterbungsgründe nach nov. 115. einzuschränken: Puggé im Rh. Mus. III. S. 559. fg.

Drittes Capitel.

Von Sicherung der Forderungen durch Bürgschaft.

§. 349.

I. Begriff der Bürgschaft.

Für die Verwirklichung einer Forderung kann dem Gläubiger eine größere Sicherheit dadurch gewährt werden, daß außer dem eigentlichen Schuldner (Hauptschuldner, principalis debitor) noch ein Andrer zu derselben Leistung nebenbei (accessorisch) verpflichtet wird. Eine vertragsmäßige Verpflichtung dieser Art heißt Bürgschaft, Verbürgung[1]. Sie unterscheidet sich von der Bestärkung einer Obligation durch den Schuldner (§. 240.) darin, daß noch ein Andrer, als dieser selbst, für die Erfüllung der Verbindlichkeit desselben einsteht; von dem allgemeinen Charakter der solidarischen und Correalobligationen (§. 213...215.) dadurch, daß die Verpflichtung des Bürgen im Verhältniß einer accessorischen zu der des Hauptschuldners steht und diese voraussetzt, während sonst mehrere Personen gleichmäßig und selbstständig als Hauptschuldner zu demselben Gegenstande verpflichtet erscheinen[2].

Anm. 1 Vgl. überhaupt: die Bürgschaft, nach gemeinem Civilrecht, historisch und dogmatisch dargestellt von W. Girtanner, in 3. Abth. Jena 1850. 51.

[2] Die Eingehung einer Correalschuld kann allerdings materiell immerhin eine Verbürgung des einen für den andern Correalschuldner oder beider für einander gegenseitig bezwecken und enthalten, indem Jemand, den das Schuldverhältniß seinem Grunde nach eigentlich gar nicht oder nur zum Theil angeht, gleichwohl für das Ganze sich verpflichtet. Aber eine Bürgschaft im eigentlichen Sinne ist dies nicht, sofern nicht dem Gläubiger gegenüber der eine als Hauptschuldner, der andere als accessorisch Verpflichteter auftritt. Girtanner S. 315. fg. vgl. Bekker proc. Consumption S. 218. 222.

II. Formen der Verbürgung.

A. Nach römischem Recht.

§. 350.

1) Fideiussio [a].

Die vorzüglichste Form der Verbürgung nach römischem Recht ist die fideiussio [a], d. i. eine in Stipulationsform [1] eingegangene Verpflichtung, für die Zahlung der Schuld eines Andern einzustehen [b]. Als accessorische Obligatio [c] ist sie bedingt durch das Daseyn einer Hauptschuld [d], wie immer dieselbe entstanden seyn möge [e], obwohl die Stipulation schon im voraus für eine künftige Hauptschuld geschehen kann [f]. Auch ist die Fidejussio für eine naturalis obligatio vollkommen gültig [g], und kann also der Fidejussor wirksamer verpflichtet werden, als der Hauptschuldner [2]. Aber die Fidejussio ist ungültig, wenn sie unbedingt für eine bedingte Schuld eingegangen wird [h], oder unter einer andern Bedingung als diese, falls jene früher in Erfüllung geht [i], desgleichen, wenn sie auf etwas Anderes [k] oder auf Mehr [l], als die Hauptschuld gerichtet ist, oder in anderer Beziehung, z. B. rücksichtlich der Zeit- oder Ortsbestimmung, beschwerender als diese (fideiussio in duriorem causam) ist [m], während umgekehrt eine erleichternde Abweichung von dem Inhalt der Hauptschuld (fideiussio in leviorem causam) zuläßig ist [3]. Die gültige Fidejussio erzeugt eine actio ex stipulatu gegen den Fidejussor,

[a] Inst. de fideiussoribus. 3. 20. Dig. de fideiussoribus et mandatoribus. 46. 1. Cod. 8. 41. [b] pr. J. h. t. L. 1. §. 8. D. de O. et A. 44. 7. [c] §. 5. J. h. t. [d] L. 70. §. 4. D. h. t. [e] L. 1. 2. L. 8. §. 1 ... 3. 5. 6. D. h. t. cf. L. 4. pr. L. 8. §. 12. eod. [f] L. 6. §. 2. L. 57. D. eod. §. 3. J. h. t. [g] L. 6. §. 2. L. 7. L. 16. §. 3. 4. eod. §. 1. J. h. t. [h] L. 8. §. 7. D. h. t. [i] L. 70. pr. §. 1. eod. [k] L. 42. D. eod. cf. α) L. 70. §. 2. eod. β) L. 8. §. 8. eod. γ) L. 38. pr. vgl. mit L. 8. §. 10. eod. [l] §. 5. J. h. t. [m] L. 8. §. 7 ... 10. L. 16. §. 1. 2. L. 34. D. h. t.

der vergleichbar einem Correus des Hauptschuldnes verpflichtet ist [n].

Anm. [1] Die gewöhnliche Formel der Stipulation zu diesem Zweck war: *Idem fide tua esse iubes?* mit der Antwort: *fide mea iubeo;* daher der Name fideiussio. Gai. III. 116. IV. 137. cf. §. 7. J. h. t. L. 8. pr. D. h. t. L. 12. Cod. h. t. L. 10. Cod. de contrah. stip. 8. 38. Eine allgemeinere Benennung ist adpromissor. L. 43. D. h. t. L. 5. §. 2. D. de V. O. 45. 1. — Ueber sponsio und fidepromissio als besondere Formen der Bürgschaft durch Stipulation (adpromissio) im ältern Recht vgl. Gai. III. 115...127. Im Justinianischen Recht sind diese mit ihren Eigenthümlichkeiten verschwunden. Spondere, sponsor (sc. pro alio) kommt darin als gleichbedeutend mit fideiubere und fideiussor vor. L. 26. Cod. h. t. §. 8. J. de mand. 3. 26. Anderwärts ist jenes gestrichen oder dafür letzteres interpolirt. L. 16. pr. D. h. t. L. 48. pr. D. de min. 4. 4. cf. Pauli sentt. I. 9. §. 5., §. 3. J. quib. mod. toll. obl. 3. 29. cf. Gai. III. 117. Girtanner S. 4. fg. S. 103. fg. vgl. Bekker a. a. O. S. 182. fg. — Ausnahmsweise wird übrigens schon im R. R. eine gleiche Verpflichtung auch ohne verborum obligatio anerkannt: L. 4. §. 3. D. de fideiuss. tut. 27. 7.

[2] Ob auch die Fidejussio für eine ganz ungültige Schuld wirksam sey? vgl. L. 25. D. h. t. Marcellus scribit: Si quis pro pupillo sine tutoris auctoritate obligato prodigove vel furioso fideiusserit, magis est, ut ei non subveniatur, quoniam his mandati actio non competit: mit L. 6. D. de V. O. 45. 1.... „et ideo nec fideiussor pro eo *(sc. cui bonis interdictum est)* intervenire potest, sicut nec pro furioso"; und darüber Girtanner S. 21. fg.

[3] L. 8. §. 7. D. h. t. Illud commune est in universis, qui pro aliis obligantur, quod, si fuerint in duriorem causam adhibiti, placuit, eos omnino non obligari; in leviorem plane causam accipi possunt, propter quod in minorem summam recte fideiussor accipietur. Item accepto reo pure, ipse ex die vel sub conditione accipi potest; enimvero si reus sub conditione sit acceptus, fideiussor pure, non obligabitur. Vgl. Gai. III. 126. In eo iure quoque iuris par conditio est omnium, sponsorum, fidepromissorum, fideiussorum, quod ita obligari non possunt, ut plus debeant, quam debet is, pro quo obligantur, etc. Girtanner S. 27. fg. Bekker S. 195. fg. Vang. III. §. 578. Anm. 2.

§. 351.

2) Das sog. constitutum debiti alieni.

Nach prätorischem Recht erzeugte auch die formlose Zusage, für eine bestehende Schuld, eine fremde oder eigene, Zahlung zu leisten, eine Klage auf Erfüllung, actio constitutae pecuniae

[n] L. 4. §. 1. D. h. t. cf. L. 116. D. de V. O. 45. 1.

oder constitutoria [a]; nach dem Edict freilich nur in dem Fall, wenn der Schuldgegenstand in vertretbaren Sachen bestand, und in gewissen Fällen mit Beschränkung auf ein Jahr, welche beide Beschränkungen aber durch Justinian beseitigt sind [b]. Eine solche Zusage, in Betreff der Schuld eines Andern gegeben, das sog. constitutum debiti alieni, enthält nun auch eine Bürgschaft, ähnlich der Fidejussio. Mit dieser stimmt jenes darin überein, daß es eine Obligatio voraussetzt, die wenigstens als naturalis besteht [c], und daß es neben dieser, ohne sie aufzuheben, eine neue (accessorische) Obligatio des Constituenten begründet [d], die auch nicht auf mehr, als die erste, gehen kann [e]. Es unterscheidet sich aber von der Fidejussio dadurch, daß es keine bestimmte Form der Willenserklärung erfordert [f]; daß es nicht, wie die Fidejussio, ungültig ist, wenn unbedingt Zahlung einer bedingten Schuld [g] oder wenn ein höherer Betrag als der der Hauptschuld [h] versprochen ist, vielmehr stillschweigend im einen Fall die Bedingung ergänzt, im andern der Betrag herabgesetzt wird; sodann daß durch Constitutum die Zahlung auch an einem andern Orte und in einem frühern Zeitpunkte [i], oder einem andern, als dem bisherigen Gläubiger [k] zugesagt, und selbst etwas anderes als der Gegenstand der Hauptschuld gültig versprochen werden kann [l].

Anm. Nach L. 18. §. 1. D. h. t. enthielt das Edict die Worte: *camque pecuniam, cum constituebatur, debitam fuisse.* Darnach mußte, buchstäblich genommen, die Schuld schon zur Zeit des Zahlungsversprechens bestehen; vgl. L. 1. §. 8. eod. L. 35. D. de fideiussor. 46. 1. Daher auch die Streitfrage: an pro debito sub conditione vel in diem constituto eam possibile esset fieri et an pure constituta pecunia contracta valeret? die aber im Just. Recht bejahend entschieden ist. L. 2. Cod. h. t. L. 19. pr. D. h. t. Nach L. 2. Cod. cit., zumal nach den Worten des pr. in f., „et sit pecuniae constitutae actio omnes casus complectens, qui et per stipulationem possunt explicari", kann in Beziehung auf obigen Punkt eine Verschiedenheit zwischen Constitutum und Fidejussio (§. 350. not. f.) nicht wohl mehr angenommen werden, Girtanner S. 47. fg. S. 105. fg.

[a] Dig. de pecunia constituta. 13. 5. Cod. 4. 18. cf. Theophil. ad. §. 8. J. de action. 4. 6. [b] L. 2. Cod. h. t. [c] L. 1. §. 1. 6...8. L. 3. §. 1. L. 18. §. 1. D. h. t. [d] L. 18. §. 3. cf. L. 23. pr. eod. [e] L. 11. §. 1. L. 12. 13. eod. [f] L. 14. §. 3. eod. [g] L. 19. pr. §. 1. eod. L. 2. Cod. h. t. [h] L. 11. §. 1. D. h. t. cf. L. 1. §. 8. L. 2. eod. [i] L. 3. §. 2. L. 4. 5. pr. eod. cf. L. 21. §. 1. eod. [k] L. 5. §. 2. eod. cf. L. 7. §. 1. eod. [l] L. 1. §. 5. D. h. t. cf. L. 14. §. 1. 2. eod.

§. 352.

3) Das sog. mandatum qualificatum oder der Creditauftrag.

Wer Jemanden den Auftrag ertheilt, einem Andern Credit zu geben, d. h. entweder mit demselben ein Rechtsgeschäft erst einzugehen, wodurch er dessen Gläubiger wird, z. B. ein Darlehen zu geben [a], oder auch nur die Beitreibung einer ihm schon zustehenden Forderung hinauszuschieben [b], der haftet jenem als Mandator dafür, daß ihm nach Befolgung des Auftrags Bezahlung seiner Forderung zu Theil werde [c]. Diese Wirkung tritt auch ein, wenn gleich der Mandatar bei der Erfüllung des Auftrags kein Interesse hatte, wenn er nur den Willen an den Tag gelegt hat, für die Gefahr des Creditgebens einzustehen [d], selbst, wenn auch der Mandatar ohnehin Credit geben wollte [e]. So kann auch in Form des Mandats in der That eine Bürgschaft [1] für die künftige oder schon bestehende Schuld eines Andern übernommen werden [f]. Die Klage gegen einen solchen Bürgen ist die actio mandati contraria [g]. Seine Verbindlichkeit ist rücksichtlich ihres Inhalts wie ihrer Voraussetzungen überhaupt nach den Grundsätzen vom Mandat zu beurtheilen [h], wornach ihm denn auch umgekehrt mandati directa actio zustehen kann [i]. In Wahrheit aber ist auch sie, gleich der Obligatio des Fidejussor und Constituenten, eine accessorische, indem das Mandatsverhältniß eine Obligatio dieses Inhalts eben nur unter Voraussetzung des Entstehens oder Vorhandenseyns der Schuldverbindlichkeit eines Andern, die insofern als die Hauptschuld erscheint, hervorbringt [2].

Anm. [1] Die wesentliche materielle Gleichheit des Creditauftrags und der Fidejussio gibt sich zu erkennen in der häufigen Zusammenstellung des mandator und fideiussor, z. B. in der rubr. tit. Dig. de fideiussoribus et mandatoribus. 46. 1. und Cod. 8. 41., und wird im Allgemeinen ausgesprochen in L. 32. D. mand.... In summa quicunque contractus tales sunt, ut (quicunque) eorum nomine fideiussor obligari possit, et mandati obligationem consistere puto: neque enim multum referre, praesens quis interrogatus fideiubeat an absens mandet. Daher wird auch der Auftrag, zu fidejubiren, durch ein sog. mandatum qualificatum erfüllt. L. 62. §. 1. D. l. c. cf. Basil.

[a] §. 6. J. de mand. 3. 26. L. 6. §. 4. L. 12. §. 13. D. mand. 17. 1. cf. L. 13. pr. D. de minor. 4. 4. [b] L. 12. §. 14. D. mand. [c] L. 12. §. 14. L 22. in f. eod. cf. L. 28. eod. [d] L. 6. §. 4. cit. L. 24. D. de fideiuss. 46. 1. L. 48. §. 1. D. mand. 17. 1. (§. 291. Anm.). [e] L. 71. §. 2. D. de fideiuss. 46. 1. [f] L. 32. D. mand. 17. 1. [g] L. 12. §. 13. in f. eod. [h] L. 12. §. 11...14. eod. L. 27. §. 5. eod. [i] L. 6. §. 4. eod.

XIV. 1. cap. 62. §. 1. Vgl. auch Brinz. krit. Blätter Nr. 4. S. 21. Pand. I. S. 626. „die Fidejussio ... in ihrem ersten Anfang nichts als ein stipulirtes Mandat."

2 Allerdings kann der Mandant auch verbindlich werden, wenn er Auftrag zu einem Geschäft gab, das durchaus keine Forderung des Mandatars erzeugt, z. B. mit einem Wahnsinnigen oder Verschwender. Aber hier kann denn auch nicht von Haftung des ersten für eine Forderung des letzten (§. 349.) die Rede seyn. So konnte auch durch Stipulation ohne Zweifel gültig versprochen werden, den Gegenstand eines vollkommen nichtigen Anspruchs zu leisten; wenn es durch Fidejussio nicht geschehen konnte (§. 350. Anm. 2.), so hatte dieses nur in dem besondern Charakter dieser Stipulation seinen Grund (vgl. Gai. III. 119.); aber eine Bürgschaft war denn auch dort nicht vorhanden.

§. 353.

B. Nach heutigem Recht.

Im heutigen Recht ist die Stipulation und somit der formelle Unterschied zwischen Fidejussio und Constitutum einer fremden Schuld verschwunden. Beide sind nun zu einer Art der Bürgschaft verschmolzen, bei der es wesentlich nur auf den Willen, sich neben dem Hauptschuldner für dessen Schuldverbindlichkeit zu verpflichten, nicht auf die Form oder den Ausdruck, worin dieser Wille erklärt wird, ankommt, und bei der nun auch von selbst alle Beschränkungen, die der Fidejussio nach ihrem besondern formellen Wesen eigenthümlich waren, weggefallen sind [1]. Aber auch das sog. Mandatum qualificatum kann als ein durch wesentliche Unterscheidungsmerkmale von jener Bürgschaft verschiedener Begriff nicht mehr festgehalten werden. Dasselbe erfordert wesentlich nur den ausdrücklich oder stillschweigend erklärten Willen, für eine erst einzugehende oder schon bestehende (und noch weiter zu creditirende) Schuld eines Andern zu haften; da nun dieser irgendwie in beliebiger Form erklärte Wille überhaupt den Begriff der Bürgschaft im heutigen Sinne ausmacht, so muß jenes immer eine wahre Bürgschaft enthalten, die nur bedingt ist dadurch, daß der Gläubiger dem Mandat gemäß Credit gegeben habe. Materielle Verschiedenheiten zwischen der durch Mandat begründeten und einer sonstigen Bürgschaft können daher nicht mehr angenommen werden [2]. Geht die Verpflichtung über den Zweck der Bürgschaft, dem Gläubiger für die Bezahlung seiner Forderung einzustehen, hinaus, wie schon nach römischem Recht beim Constitutum der Fall seyn konnte (§. 351. not. i ... l.), so mag man das Geschäft insofern nicht

mehr als Bürgschaft oder nicht als reine Bürgschaft ansehen[3]; gültig und vollkommen wirksam ist aber heutzutage der Regel nach jede solche Verabredung, selbst diejenige, wodurch der Bürge absichtlich und geradezu mehr als den Betrag der Hauptschuld zu zahlen verspricht (§. 351. not. h.), worin auch nicht nothwendig eine Schenkung an den Gläubiger enthalten ist[4], allerdings aber eine solche enthalten seyn kann, die dann auch den Regeln der Schenkungen unterliegt.

Anm. [1] Diese Ansicht von der Verschmelzung der Fidejussio und des Constitutum hat sich zwar nur allmählich in voller Consequenz geltend gemacht, ist aber jetzt ziemlich allgemein angenommen. S. die dogmengeschichtliche Entwickelung bei Girtanner S. 163...196., und dessen eigene Ansicht S. 373. fg. Vgl. jedoch Anm. 3.

[2] Auch dieses war eine Zeitlang schon gemeine Meinung. In neuester Zeit wird von den Meisten wieder und so auch von dem neuesten Bearbeiter dieser Lehre das Gegentheil behauptet. Girtanner S. 169...198. 371. 540. fg. Allein wer Jemanden auffordert, einem Dritten Geld zu leihen oder zu stunden, mit der ausdrücklichen Erklärung, es geschehe auf seine Gefahr, er hafte ihm dafür *(periculo meo crede, des ei nummos fide et periculo meo, periculo meo pecunia erit)*, der ist nach R. R. ex mandato obligirt. L. 12. §. 13. 14. D. mand. 17. 1. L. 24. D. de fideiuss. 46. 1. Es ist aber gewiß gleichviel, wenn jener sagt: „Borge, ich bürge dafür," und die hiedurch übernommene Verbindlichkeit ist wiederum keine andere, als ob er sagte: „wenn du borgst, so bürge ich dafür." Dort wie hier liegt eine ausdrücklich eingegangene Obligatio vor, für die (künftige oder schon bestehende) Forderung neben dem Schuldner einzustehen, wie Girtanner S. 315. die Bürgschaft definirt. Wenn aber heutzutage die Bürgschaft überhaupt nudo consensu contrahirt wird, so ist es auch ungegründet, ausdrückliche Willenserklärung dazu vorauszusetzen; und da nun zu einem verpflichtenden Mandatum (qualificatum) der wenigstens stillschweigend erklärte Wille, für die Forderung einzustehen, gehört (L. 2. §. 6. L. 6. §. 4. 5. D. mand.), so liegt darin eben immer eine Bürgschaft von gleicher Art, wie sie heute überhaupt vorkommt. Der Umstand, daß das „Mandat den Gläubiger zu einer Gegenleistung verpflichtet" (Girtanner S. 373.), was übrigens nicht wesentlich ist, steht nicht mit dem S. 315. aufgestellten Begriff in Widerspruch, und die (ausdrückliche oder stillschweigende) Verabredung einer Gegenleistung verträgt sich mit jeder heutigen Bürgschaft, die nun überhaupt als bonae fidei negotium zu beurtheilen ist. Vgl. auch Helmolt Correalobl. S. 98. Dagegen scheint es Brinz I. S. 626., obwohl gerade er die ursprüngliche nahe Verwandtschaft der fideiussio mit dem Mandatum besonders hervorgehoben hat (§. 352. Anm. 1.), unmöglich, daß nach heutigem Recht auch Mandat und fideiussio in einander aufgehen, und zwar: „weil die fideiussio ein sofort bindendes Versprechen ist, während das Mandat re integra beliebigen Rücktritt zuläßt." Aber wäre nicht selbst nach R. R. eine fideiussio für ein künftiges Darlehn mit Vorbehalt des

Widerrufes bis zur wirklichen Auszahlung möglich gewesen (z. B. *centum quos mutuos Titio dabo, nisi interea vetueris, eosdem fide tua esse iubes)?* Und wäre es nicht Bürgschaft nach heutigem Recht, wenn ich für ein erst auszuzahlendes Darlehen einzustehen verspreche, wofern ich nicht inzwischen die Auszahlung verhindern werde? Wenn ich mich auch ohne diesen Vorbehalt verbürgt habe, dann aber das Darlehn wirklich auszuzahlen rechtzeitig warne, weil ich etwa den Anleiher als unzuverlässig erkannt habe, möchte wohl der Gewarnte kaum dennoch meo periculo Credit geben können.

[3] Das Constitutum in aliam rem kann man wohl als Bürgschaft mit Verabredung einer datio in solutum ansehen, in andern Fällen eine Bürgschaft mit einem Nebenvertrag über Zahlungstermin oder Zahlungsort annehmen. Girtanner S. 377. fg. Indessen machen Manche mit Rücksicht auf diese Fälle noch einen Unterschied zwischen Bürgschaft (fideiussio im heutigen Sinn) und Constitutum, theils nur im Namen, z. B. Seuffert §. 388., theils auch praktische Folgen daran knüpfend, z. B. Vang. III. §. 579. vgl. §. 355. Anm. 1. 4.

[4] So kann z. B. der Bürge spätere Zahlung mit Zinsen oder einer größern Summe anstatt derselben versprechen, während der Hauptschuldner gar nicht zinsverbindlich ist; dies ist keine Schenkung für den Gläubiger. Auch kann sonst noch die Uebernahme einer schwereren Verbindlichkeit Gegenleistung für etwas anderes seyn oder aus irgend einem andern Grunde, nicht donandi animo, stattfinden. Bei der Formlosigkeit der heutigen Bürgschaft und der Klagbarkeit aller Verträge kann sich an jene mancherlei ansetzen, was nach R. R. als Constitutum nicht gültig und mit der Stipulationsform der Fidejussio nicht verträglich war. Es ist quaestio facti, wie weit dann noch wirklich eine Bürgschaft vorliege. Vgl. übrigens Girtanner S. 381. fg.

III. Wirkungen der Bürgschaft.

§. 354.

A. Haftung des Bürgen im Allgemeinen.

Der Bürge haftet dem Gläubiger der Regel nach, d. h. sofern er nicht im einzelnen Falle nur mit Beschränkung oder unter andern Modificationen sich verpflichtet hat [a], für die Erfüllung der Schuldverbindlichkeit, für welche er sich verbürgt hat [b], in demselben Umfange, wie der Hauptschuldner selbst [c], daher auch rücksichtlich des Zuwachses oder der Aenderungen im Inhalt der Schuld, welche durch Verschulden oder Verzug des Hauptschuldners bewirkt werden [d],

[a] L. 6. §. 1. L. 8. §. 7. L. 9. 34. D. h. t. 46. 1. §. 350. Anm. 3. §. 351. not. h...l. [b] L. 68. pr. §. 1. D. h. t. 46. 1. cf. L. 58. pr. eod. [c] L. 56. §. 2. eod. L. 54. pr. D. locati. 19. 2. [d] L. 58. §. 1. D. h. t. 46. 1. L. 88. 91. §. 4. D. de V. O. 45. 1. L. 24. §. 1. D. de usur. 22. 1.

insbesondere für Verzugszinsen [c], nicht auch für vertragsmäßige Zinsen, wenn nicht die Bürgschaft von Anfang an für die Hauptschuld als eine verzinsliche Schuld ohne Beschränkung übernommen oder sonst auch auf die Zinsverbindlichkeit insbesondere erstreckt worden ist [f]. Der Bürge ist dagegen als solcher auch nur verpflichtet, wenn die Hauptschuld wenigstens als naturalis obligatio rechtliche Wirksamkeit gewonnen hat [g], und regelmäßig nur unter den Beschränkungen, welche dieser selbst anhaften [h], während solche Rechte, die dem Hauptschuldner nur aus persönlichen Gründen zustehen, dem Bürgen nicht schlechthin, sondern nur unter besondern Voraussetzungen zu statten kommen [i]. Hat sich Jemand für einen Bürgen verbürgt (fideiussor fideiussoris, nach heutiger Terminologie auch fideiussor succedaneus, Afterbürge, Ueberbürge oder Nachbürge), so ist für ihn des Bürgen Obligatio die Hauptschuld, nach welcher sich seine Verbindlichkeit bestimmt [k]. Uebrigens finden auf die bürgschaftliche Verpflichtung auch die allgemeinen Grundsätze von Obligationen Anwendung [l]. Mehrere Bürgen für dieselbe Schuld haften im Zweifel in solidum [m].

Anm. Wie weit sich die Haftung des Bürgen erstrecke, ist meistens quaestio facti. Streitig ist insbesondere die Frage wegen Haftung für Zinsen der Hauptschuld. Vgl. L. 54. pr. D. 19. 2. Quaero, an fideiussor conductionis etiam in usuras non illatarum pensionum nomine teneatur...? Paulus respondit: si in omnem causam conductionis etiam fideiussor se obligavit, eum quoque exemplo coloni tardius illatarum per moram coloni pensionum praestare debere usuras; usurae enim in bonae fidei iudiciis etsi non tam ex obligatione proficiscantur, quam ex officio iudicis applicentur, tamen quum fideiussor in omnem causam se applicuit, aequum videtur, ipsum quoque agnoscere onus usurarum, ac si ita fideiussisset: *in quantum illum condemnari ex bona fide oportebit, tantum fide tua esse iubes?* vel ita: *indemnem me praestabis?* L. 68. §. 1. D. h. t. Pro Aurelio Romulo, conductore vectigalis, centum annua Petronius Thallus et alii fideiusserant, ... lecta subscriptione fideiussionis, quoniam in sola centum annua se obligaverant, non in omnem conductionem, decrevit, fideiussores in usuras non teneri etc. Daß in der letzten Stelle eine Verbindlichkeit für die Verzugszinsen nicht angenommen wird, erklärt sich aus der stricten Natur der auf certa pecunia gerichteten fideiussio, deren Einfluß auch in L. 8.

[c] L. 54. pr. cit. L. 2. §. 12. D. de adm. rer. civ. 50. 8. [f] L. 10. Cod. h. t. 8. 41. L. 4. Cod. de usur. 4. 32. [g] L. 6. §. 2. L. 57. D. h. t. 46. 1. L. 15. pr. eod. §. 350. not. f. g. §. 351. not. c. §. 352. Anm. 2. vgl. §. 217. not. p. q. [h] L. 8. D. de eo quod certo loco. 13. 4. L. 19. pr. D. de except. 44. 1. [i] L. 7. pr. D. l. c. vgl. §. 357. Anm. 5. [k] L. 8. §. 12. L. 27. §. 4. D. h. t. 46. 1. [l] L. 88. 91. §. 4. D. de V. O. 45. 1. L. 95. §. 1. D. de solut. 46. 3. [m] §. 4. J. h. t. 3. 20.

D. 13. 4. sich zeigt. Für das heutige Recht, in welchem diese Rücksicht wegfällt, sind daher diese Stellen nicht entscheidend. Vgl. überhaupt Girtanner S. 385. fg. 409. fg.

§. 355.

B. Schutzmittel des Bürgen.

Der Bürge ist an sich der Regel nach neben dem Hauptschuldner und gleichmäßig wie dieser dem Gläubiger verpflichtet, so daß diesem nach seiner Wahl gegen den einen oder andern, so wie auch gegen jeden von mehreren Bürgen für dieselbe Schuld, die Schuldklage zusteht [a], es hätte denn der Bürge nur für Schadloshaltung des Gläubigers, falls dieser von dem Hauptschuldner nicht volle Befriedigung erlangen könne, haften zu wollen erklärt, als sog. Schadlosbürge (fideiussor indemnitatis) [b]. Allein als besonderes Schutzmittel gegen die Klage steht dem Bürgen auch ohnedies

1) die Rechtswohlthat der Vorausklage zu, das sog. beneficium excussionis sive ordinis [c]; er kann durch Exceptio die Klage des Gläubigers vorerst abweisen, indem er verlangt, daß dieser zunächst den Hauptschuldner belange, und nur, sofern von diesem Bezahlung nicht zu erlangen sey, ihn, den Bürgen, in Anspruch nehme [1]. Diese Einrede findet jedoch, theils nach ausdrücklicher Bestimmung des Gesetzes, theils nach dessen verständiger und durch die Praxis bewährter Auslegung, nicht statt: a) wenn der Hauptschuldner abwesend ist und von dem anwesenden Bürgen nicht in einer richterlich zu bestimmenden Frist gestellt wird [2], oder wenn sonst die Ausklagung desselben erheblich schwieriger ist, als die des Bürgen, z. B. wegen Concurs des Hauptschuldners; b) wenn der Gläubiger gegen den Hauptschuldner eine wirksame Klage nicht mehr hat, oder gar nicht gehabt hat [3], ohne daß dieses die Wirksamkeit der Bürgschaft aufhebt; c) wenn der Bürge auf diese Rechtswohlthat verzichtet hat, es sey bei Eingehung der Bürgschaft oder nachher, es sey ausdrücklich oder stillschweigend durch die Art und Weise oder die näheren Bestimmungen der Verbürgung [4]; d) wenn der Bürge die Bürgschaft arglistig abgeleugnet hat [d]. Der Bürge hat sodann

[a] L. 5. 7. 19. 20. Cod. h. t. 8. 41. L. 56. pr. 60. pr. D. mand. 17. 1. L. 7. D. quod cum eo. 14. 5. [b] L. 41. D. h. t. 46. 1. L. 116. D. de V. O. 45. 1. [c] Nov. 4. cap. 1. [d] arg. L. 10. §. 1. D. h. t. 46. 1. (not. f.).

2) wenn Mehrere für dieselbe ganze Schuld sich verbürgt haben (confideiussores) die Rechtswohlthat der Theilung (beneficium oder auxilium divisionis) [e], nach den Bestimmungen des §. 215. [5]) welche jedoch ebenfalls durch Verzicht und arglistige Abläugnung der Bürgschaft ausgeschlossen wird [f], auch den Bürgen eines Vormundes nicht zusteht gegen den Mündel [g]. Endlich kann der Bürge

3) mittels der doli exceptio auch erwirken, daß der gegen ihn klagende Gläubiger ihm seine Klage gegen den Hauptschuldner, beziehungsweise gegen Mitbürgen, abtrete [h]; dies ist das sog. beneficium cedendarum actionum [6].

Anm. 1 Die Nov. 4., von Justinian a. p. Chr. 535. erlassen, sagt in cap. 1. nach dem Text der vulgata versio (Ausg. von Heimbach): Si quis igitur crediderit et fideiussorem aut mandatorem aut sponsorem acceperit ... veniat primum ad eum, qui aurum accepit debitumque contraxit.... Si vero non valuerit a debitore accipere aut in partem aut in totum, secundum quod ab eo non potuerit accipere, secundum hoc ad fideiussorem aut sponsorem aut mandatorem veniat, et ab illo, quod reliquum est, sumat. — Der griechische Text hat für sponsor: ἀντιφωνήτης, d. i. constituens oder constitutae pecuniae reus (Harmenopul. I. 3. §. 40. III. 6. §. 1. 11.), wie es auch die Vulgata übersetzt in nov. 115. cap. 6. nov. 136. praef. cap. 1. — Ueber das ganze Gesetz und dessen Auslegung in der Praxis s. Girtanner S. 113...125. 199...248. 423...456.

2 Nov. 4. cap. 1. cit. Si vero fideiussor aut mandator aut qui sponsioni se subiecit, adsit, principalem vero abesse contigerit, acerbum est creditorem mittere alicubi, quum possit mox fideiussorem aut mandatorem aut sponsorem exigere.... Probet igitur fideiussorem aut sponsorem aut mandatorem et causae residens iudex det tempus fideiussori (idem est dicere sponsori et mandatori) volentibus principalem deducere, quatenus ille prius sustineat conventionem et sic ipsi in ultimum subsidium serventur.... Si vero tempus in hoc indultum excesserit..., tunc fideiussor aut mandator aut sponsor exsequatur litem et debitum exigat contra eum, quem fidedixit aut pro quod mandatum scripsit aut sponsionem suscepit, a creditore actionibus sibi cessis. Vgl. Seuffert's Arch. II. 46. 182. VI. 42.

3 Arg. nov. IV. cap. 1. verbis: *Si vero non valuerit a debitore accipere* etc. Anm. 1. So, wenn der Hauptschuldner naturaliter verpflichtet ist: so auch, wenn derselbe notorisch zahlungsunfähig ist. Vgl. Seuffert's Arch. IV. 42. VI. 41.

e §. 4. J. h. t. 3. 20. cf. Pauli sentt. I. 20. L. 26...28. 49. §. 1. L. 51. §. 1. 4. D. h. t. 46. 1. (cf. L. 43. eod.). L. 16. Cod. eod. 8. 41. L. 7. D. de fideiuss. tut. 27. 7. L. 3. Cod. de const. pec. 4. 18. f L. 10. §. 1. D. h. t. 46. 1. g L. ult. D. rem pup. salvam fore. 46. 6. h L. ult. cit. Nov. 4. cap. 1. in f. L. 17. 36. D. h. t. 46. 1. cf. L. 28. D. mand. 17. 1. L. 95. §. 11. D. de solut. 46. 1.

[4] So kann z. B. mit Recht angenommen werden, wenn sich Jemand „als Selbstschuldner" verbürgt (Seuffert's Arch. V. 132.), oder unter Festsetzung einer frühern oder auch überhaupt einer besonders bestimmten Zahlungszeit, oder auch unter Umständen bei Verabredung eines andern, namentlich eines bequemern Zahlungsortes (§. 351. not. i.). Auch muß das beneficium excussionis wegfallen, wenn einem andern Gläubiger constituirt ist (§. 351. not. k.), da dieser gegen den Hauptschuldner ja gar keine Klage hat (vgl. Anm. 3.); ob auch, wenn alia res versprochen ist (§. 351. not. l. §. 353. Anm. 3.)? Vang. III. §. 579. Dagegen Girtanner S. 433.

[5] Darnach kommt es darauf an, wie viele Bürgen verpflichtet und in welchem Maße sie zur Zeit der Litiscontestatio zahlungsfähig sind und mit Erfolg belangt werden können: die Obligatio ist nicht ipso iure getheilt (not. e.). Damit steht freilich nicht im Einklang L. 48. §. 1. D. h. t. 46. 1. Sie bezog sich vermuthlich auf die sponsio und fidepromissio, die nach der lex Furia unter Mehrere ipso iure getheilt wurde (Gai. III. 121.), und hat sich nur durch Versehen mit verunglückter Interpolation in die Pandekten eingeschlichen. Girtanner S. 462. fg. — Manche wollen übrigens das beneficium divisionis nur auf den Fall gemeinsamer gleichzeitiger Verbürgung beschränken. Seuffert §. 385. Seuffert's Arch. III. 263. Dagegen Girtanner S. 466. Seuffert's Arch. VI. 43.

[6] Vgl. §. 213. not. k. §. 214. not. e. Den Anspruch auf Cession der Klage gegen Mitbürgen läugnet Savigny, Obligationenrecht I. S. 273. fg. Dagegen Girtanner S. 538. Anm. 9.

[7] Um den Bürgen zu schützen gegen Gefährdung obiger Rechtswohlthaten, gibt die Praxis nach mißverständlicher Auslegung der L. 28. D. h. t. („si contendat") demselben das Recht, den Gläubiger zur Klage aufzufordern durch sog. provocatio ex lege si contendat.

§. 356.

C. Regreß des Bürgen gegen den Hauptschuldner.

Zwischen dem Bürgen und Hauptschuldner wird durch die Bürgschaft an sich ein besonderes Rechtsverhältniß nicht erzeugt. Von dem Grunde, aus welchem die Bürgschaft übernommen wurde, hängt es ab, ob der Bürge wegen des Nachtheils, den ihm die Bürgschaft bringt, den Hauptschuldner in Anspruch nehmen kann. Er kann es z. B. nicht, wenn er die Bürgschaft in der That nur in eigenem Interesse (als fideiussor in rem suam [a]) übernommen hat, oder in der Absicht, dadurch dem Hauptschuldner einen reinen Vortheil zu gewähren (donandi animo [b]), vorausgesetzt, daß nicht darin eine ungültige Schenkung liegt [1]. In der Regel aber fällt die Verbürgung entweder unter den Gesichtspunkt des

[a] L. 24. D. de pactis. 2. 14. [b] L. 9. §. 3. D. ad Sc. Maced. 14. 6. L. 6. §. 2. D. mand. 17. 1. cf. L. 40. eod.

Mandats §. 293.) oder der Geschäftsführung (§. 298.), wenn nämlich dieselbe entweder nach dem ausdrücklich oder stillschweigend erklärten Willen des Hauptschuldners [c] oder ohne Auftrag in dessen Interesse geschehen ist [d]. Alsdann kann der Bürge mit der contraria actio mandati oder negotiorum gestorum den Hauptschuldner auf Schadloshaltung belangen. Unter Umständen kann er schon darauf klagen, daß ihn der Hauptschuldner von der Bürgschaft befreie, insofern schon deren Uebernahme als mandatmäßige Handlung oder verpflichtende negotiorum gestio und deren Abnahme ex bona fide negotii als billige Forderung erscheint, z. B. wenn der Bürge schon zur Zahlung verurtheilt ist oder der Hauptschuldner die Tilgung der Schuld ungebührlich verzögert oder durch Verschwendung seine Zahlungsfähigkeit gefährdet [e]. Vollends aber kann er auf Ersatz klagen, wenn und soweit er auf seine Kosten bereits den Gläubiger befriedigt und so auch den Hauptschuldner befreit hat [f]; vorausgesetzt freilich, daß er dabei nicht selbst durch Arglist oder Nachlässigkeit etwas verschuldet hat, z. B. durch Nichtbenutzung zuständiger Vertheidigungsmittel gegen die Forderung des Gläubigers, oder Unterlassung der Anzeige seiner Zahlung, in Folge deren der Hauptschuldner dieselbe noch einmal zu leisten verleitet ward [g]. Auch ohne Zahlung von seiner Seite kann der Bürge Anspruch auf Ersatz haben, wenn, in der Absicht ihm zu schenken, ein Anderer die Zahlung geleistet oder der Gläubiger die Schuld erlassen hat [h]. Für die Erfüllung der Ersatzverbindlichkeit des Hauptschuldners kann auch wieder ein Bürge sich verpflichten [i], sog. Rückbürge.

Abgesehen von besonderem Verpflichtungsgrunde zum Ersatz kann der Bürge auch mit der Klage des befriedigten Gläubigers, vermöge wirklicher oder kraft seines Anspruchs darauf als geschehen anzunehmender Abtretung derselben (mandata oder utilis actio, §. 255.) den Hauptschuldner belangen [k], und zwar auch dann [l], wenn er sich bei der Zahlung die Abtretung der Klage

[c] §. 6. J. h. t. 3. 20. L. 20. §. 1. L. 21. 22. pr. D. mand. 17. 1. L. 6. §. 2. L. 18. eod. L. 60. D. de R. J. [d] L. 6. §. 2. L. 20. §. 1. D. mand. 17. 1. [e] L. 38. §. 1. L. 45. §. 5. D. eod. L. 10. Cod. mand. 4. 35. cf. L. 45. §. 2. D. eod. [f] L. 10. §. 11. D. eod. [g] L. 10. §. 12. L. 29. eod. cf. L. 67. D. de fideiuss. 46. 1. L. 47. in f. D. de cond. indeb. 12. 6. [h] L. 10. §. 13. L. 11. 12. pr... §. 2. D. mand. 17. 1. [i] L. 4. pr. D. de fideiuss. 46. 1. [k] §. 355. not. h. [l] L. 28. D. mand. 7. 1. L. 36. D. de fideiuss. 46. 1.

nicht ausdrücklich vorbehalten hat [2]. Jedoch kann dieser Klage doli exceptio entgegenstehen, wenn z. B. der Bürge donandi animo oder in rem suam sich verbürgt oder sonst dem Schuldner gegenüber auf jeden Regreßanspruch verzichtet hatte.

Anm. [1] Es läßt sich auch denken, daß die Bürgschaft mit Verzichtleistung auf jeden Regreßanspruch, vergleichshalber oder sonst einer Gegenleistung wegen oder condictionis implendae causa u. dgl. m., übernommen sey.

[2] Unbestritten ist dies bezüglich des Mandatum qualificatum. Man legt dem Mandator jederzeit noch mandati actio auf Cession der Klage bei, gemäß L. 28. D. mand. Papinianus libro tertio quaestionum ait, mandatorem debitoris solventem ipso iure reum non liberare; propter mandatum enim suum solvit et suo nomine; ideoque mandatori actiones putat adversus reum cedi debere. Bei andern Arten der Bürgschaft ist es sehr streitig. Man behauptet, durch die vorbehaltlose Zahlung des Bürgen werde die Hauptschuld getilgt und sey daher eine Cession der Schuldklage nicht mehr möglich; Puchta §. 405. not. n. o., Seuffert §. 385. not. 26. und andere (vgl. Girtanner S. 217. fg. 251. fg.); arg. L. 76. D. de solut. 46. 3., die sich auf mehrere solidarisch verpflichtete Vormünder bezieht (vgl. Savigny Obl. I. S. 252. fg.). Allein nach L. 36. D. de fideiuss. 46. 1. wird mit Recht dagegen behauptet, daß schon nach R. R. die Zahlung eines Fidejussor regelmäßig und ohne besondere Verabredung nicht als Tilgung der Hauptschuld, sondeen als Kauf der Forderung behandelt werde. Girtanner S. 535. fg. So ergibt sich materiell, obgleich nach anderer formeller Auffassung, derselbe Erfolg, wie bei Mandatum qualificatum. Nach heutigem Recht ließe sich ohnehin eine solche Verschiedenheit nicht durchführen, da Bürgschaft durch Mandat und Fidejussio nicht mehr genau zu scheiden sind (§. 353. Anm. 2.), und der Entscheidungsgrund der L. 28. cit. nach der Natur der Sache regelmäßig bei jeder heutigen Bürgschaft eben so gut anwendbar wäre.

§. 357.

IV. Aufhebung der Obligatio des Bürgen.

Die Aufhebungsgründe der Obligationen überhaupt finden auch Anwendung auf die Obligatio des Bürgen. Diese kann zudem aus folgenden besondern Gründen erlöschen:

1) durch Vereinigung derselben mit der Hauptschuld in einer und derselben Person, confusio, also, wenn der Bürge Erbe des Hauptschuldners wird oder umgekehrt, insofern nicht auch dann noch die Forderung aus der Bürgschaft dem Gläubiger Vortheile darbietet, die ihm die Hauptforderung selbst nicht gewährt [1];

2) wenn und soweit dem Gläubiger ein Verschulden gegen den Bürgen zur Last fällt, wodurch diesem die Rechtswohlthat der

Vorausklage oder der Abtretung der Klagen vereitelt ist; der Klage aus der Bürgschaft steht alsdann eine zerstörliche doli exceptio entgegen, oder die Einrede aus der vereitelten Rechtswohlthat nimmt den Charakter einer zerstörlichen an [2];

3) durch Wegfallen des Zweckes oder Gegenstandes der Bürgschaft, also durch jede Aufhebung der Hauptschuld, welche den Rechtsanspruch, zu dessen Sicherung die Bürgschaft dienen sollte, völlig tilgt, sey es Zahlung oder was dieser in der Wirkung gleichzuachten ist [3].

Nicht diese Wirkung hat ein ohne Befriedigung des Gläubigers die Obligatio des Hauptschuldners aufhebender Umstand, für welchen der Bürge selbst verantwortlich ist [4].

Schutzmittel, welche nur auf persönlichen Befreiungsgründen des Hauptschuldners beruhen, stehen an sich dem Bürgen nur insofern zu, als sonst wegen seiner Rückansprüche gegen den Hauptschuldner deren Zweck auch für diesen vereitelt würde [5].

Anm. 1 Diese Regel wird ausgesprochen in Beziehung auf die Fidejussio, vgl. §. 273. Anm. 2. L. 95. §. 3. D. de solut. 46. 3. Quod vulgo iactatur: *fideiussorem, qui debitori heres extitit, ex causa fideiussionis liberari*, totiens verum est, quotiens rei plenior promittendi obligatio invenitur. Aber auch beim Constitutum und Mandatum ergibt sich dasselbe nach der Natur der Sache, wenn die Verbindlichkeit des Constituenten oder Mandator sich durch nichts von der des Hauptschuldners unterscheidet. — Nicht als plenior wird die obligatio fideiussoris angesehen, wenn und weil dafür ein Afterbürge bestellt ist: L. 38. §. 5. D. de solut. 46. 3., wogegen jedoch erhebliche Einwendungen macht Girtanner S. 511. fg. vgl. S. 490. fg.

2 Ein sehr streitiger Punkt! Die gewöhnliche Annahme, daß die exceptio cedendarum actionum eine peremtorische werde, wenn der Gläubiger durch seine Schuld die Klagen verloren hat, wird, ausgenommen beim Mandatum qualificatum (L. 95. §. 11. D. de solut.), lebhaft bestritten von Girtanner S. 468. fg. 543. fg. Dieser behauptet es dagegen allgemein von der exceptio excussionis, wenn der Gläubiger die Ausklagung des Hauptschuldners nachlässig versäumt habe, bis diese keinen Erfolg mehr hat (arg. nov. 4. cap. 1. verb. *si vero non valuerit* etc., richtiger übersetzt: *si non poterit* etc., welche Worte doch nur aussagen, daß der Bürge zahlen müsse, wenn der Gläubiger, indem er zuerst gegen den Hauptschuldner sich wendete, Befriedigung nicht erlangen konnte), während Andre nur bei dem Mandatum qualificatum und der fideiussio indemnitatis dem Bürgen eine Einrede geben, wenn der Gläubiger seine Nichtbefriedigung durch den Schuldner selbst verschuldet hat (arg. L. 41. pr. L. 62. D. h. t. 46. 1.), Puchta §. 405. not. q. r. vgl. Jäger in Linde's Ztschr. V. S. 234. fg. — Der entscheidende Gesichtspunkt für das heutige Recht ist dieser, daß nun jede Bürgschaft regelmäßig, gleich dem römischen Mandatum (§. 353.

Anm. 2.), ex fide bona zu beurtheilen ist; dieser kann der Gläubiger zuwider handeln, indem er durch sein Zuthun oder auch durch seine Nachlässigkeit dem Bürgen die ihm gesetzlich zukommenden Hülfsmittel vereitelt, und nun doch den letzten in Anspruch nimmt. Nur kann man nicht schlechthin, so wenig beim Mandatum qualificatum wie sonst, jede nachsichtige Zögerung des Gläubigers in Ausklagung des Schuldners jenem als ein Verschulden gegen den Bürgen anrechnen. Vgl. Vang. III. §. 578. Anm. 1. a. E.

3 L. 43. D. de solut. 46. 3. spricht die Regel aus: In omnibus speciebus liberationum etiam accessiones liberantur, puta adpromissores, hypothecae, pignora. vgl. §. 276. not. c. Daß diese Regel nicht durchgängig richtig, ergibt §. 276. not. d. und L. 60. D. de fideiuss. 46. 1. Ubicunque reus ita liberatur a creditore, ut natura debitum maneat, teneri fideiussorem respondit; cum vero genere novationis transeat obligatio, fideiussorem aut iure aut exceptione liberandum. Vgl. auch L. 19. D. de duob. reis. 45. 2. Sie wird daher jetzt als falsch und unrichtig ganz verworfen von Girtanner S. 79. fg. 495. fg., obgleich sich eine Entscheidung findet in L. 38. §. 5. D. de solut. 46. 3., die sich nur als Anwendung jener Regel erklären läßt. Vgl. Anm. 1. a. E. Anm. 4. b. c. — Außerdem wird speciell als Befreiungsgrund für den Mandator sowohl als den Fidejussor angeführt die Aufhebung der Hauptschuld durch Confusio (L. 71. pr. D. h. t. vgl. §. 273. Anm. 1.) und durch Novatio (L. 4. Cod. h. t.), welche beide solutionis iure wirken, für den Fidejussor insbesondere noch Eid über die Hauptschuld, welcher ebenfalls in locum solutionis succedit (L. 28. §. 1. D. de iureiur. 12. 2.). Dieselbe Wirkung muß aus gleichem Grunde die datio in solutum (§. 222.) haben, die Compensation (§. 265. not. h.), der vollständige Schulderlaß gleich der römischen Acceptilatio (§. 267. Anm. 1. a. β. u. d. §. 269. not. k.), und nach L. 60. cit. „cum genere novationis transeat obligatio“ (§. 271. Anm. 3.), sowie nach der Natur der Sache die Erlöschungsgründe in §. 276. not. a. b. (vgl. Kuntze die Obl. S. 177. fg.). In allen diesen Beziehungen ist schon nach R. R. kein Unterschied zwischen dem Fidejussor und Mandator, und bedarf man nicht der Ableitung aus der Correalität der obligatio fideiussoris, die, schon nach R. R. problematisch, wenigstens nach heutigem Recht als Regel sich nicht behaupten läßt. — Bestritten wird von Girtanner S. 514. die Tilgung der Bürgschaft in den Fällen des §. 277. not. a ... c., gewiß mit Unrecht und gegen den Geist der betreffenden Gesetze. — Die nach älterem Recht für die Fidejussio geltende Aufhebung durch Litiscontestatio mit dem Hauptschuldner oder einem Mitbürgen ist im Just. Recht für sie, wie für alle Correalobligationen, beseitigt. L. 28. Cod. h. t. (§. 271. Anm. 3.).

4 Vgl. §. 276. not. d. — a) L. 88. D. de V. O. (Paul.) Sed si fideiussor hominem occiderit, reus liberatur, fideiussor autem ex stipulatione *(ex stipulatu actione?)* conveniri potest. L. 95. §. 1. D. de solut. (Papinian.) „aliter quam in persona fideiussoris, qui promissum hominem interfecit, quia tenetur ex stipulatu actione fideiussor, quemadmodum tenebatur, si debitor sine herede decessisset“ (§. 274. Anm. 2. b.). Dagegen b) L. 19. D. de dolo. 4. 3. Si fideiussor promissum animal ante

moram occiderit, de dolo actionem reddi adversus eum oportere Neratius Priscus et Julianus responderunt, quoniam debitore liberato per consequentiam ipse quoque dimittitur. c) L. 38. §. 4. D. de solut. (African.) „hoc casu in ipsum fideiussorem ex edicto actionem restitui oportere, quemadmodum in eum fideiussorem, qui hominem promissum occidit." Bekker a. a. O. S. 203. fg. Vang. III. §. 578. Anm. 2. Dazu Huschke's Gaius S. 80. fg., welcher ausführt, daß der Sponsor und Fidepromissor des ältern Rechts ipso iure befreit wurden, aber de dolo hafteten, während der Fidejussor direct ex stipulatu verpflichtet blieb.

5 L. 19. D. de except. 44. 1. stellt die Regel auf: Omnes exceptiones, quae reo competunt, fideiussori quoque etiam invito reo competunt. Dagegen §. 4. J. de replicat. 4. 13. Exceptiones autem, quibus debitor defenditur, plerumque accommodari solent etiam fideiussoribus eius, et recte, quia, quod ab iis petitur, id ab ipso debitore peti videtur, quia mandati iudicio redditurus est iis, quod ii pro eo solverint. Das erste ist vollkommen richtig bezüglich der anfänglich begründeten auch die naturalis obligatio ausschließenden Exceptionen, z. B. L. 12. Cod. de non. num. pec. 4. 30. L. 15. pr. D. h. t. 46. 1. L. 16. §. 1. D. ad Sc. Vell. 16. 1. Außerdem aber vgl. a) §. 282. not. h. b) L. 7. pr. D. de except. Exceptiones, quae personae cuiusque cohaerent, non transeunt ad alios, veluti ea, quam socius habet exceptionem, *quod facere possit*, vel parens patronusve, non competit fideiussori; sic mariti fideiussor post solutum matrimonium datus dotis nomine condemnatur (§. 225.). §. 1. ibid. Rei autem cohaerentes exceptiones (§. 102.) etiam fideiussoribus competunt, ut rei iudicatae, doli mali, iurisiurandi, quod metus causa factum est. Igitur et si reus pactus sit in rem, omnimodo competit exceptio fideiussori etc. c) L. 32. D. de pact. 2. 14. Quod dictum est, si cum reo pactum sit, ut non petatur, fideiussori quoque competere exceptionem, propter rei personam placuit, ne mandati iudicio conveniatur. Igitur si mandati actio nulla sit, forte si donandi animo fideiusserit, dicendum est, non prodesse exceptionem fideiussori. L. 21. in f. L. 22. eod. Itaque debitoris conventio fideiussoribus proficiet — nisi hoc actum est, ut duntaxat a reo non petatur, a fideiussore petatur. vgl. aber Anm. 2. cf. L. 23. 24. eod. L. 27. §. 2. L. 62. eop. d) L. 7. §. 1. in f. D. de except. (cf. sub b.). Idem dicitur, et si ... fideiusserit ... pro minore 25 annis circumscripto; quod si deceptus sit in re, tunc nec ipse ante habet auxilium, quam restitutus fuerit, nec fideiussori danda est exceptio. L. 13. pr. D. de minor. 4. 4. In causae cognitione versabitur, utrum soli ei *(sc. minori)* succurrendum sit, an etiam his qui pro eo obligati sunt, utputa fideiussoribus. Itaque si, quum scirem minorem et ei fidem non haberem, tu fideiusseris pro eo, non est aequum, fideiussori in necem meam subveniri, sed potius ipsi deneganda erit mandati actio. In summa perpendendum erit praetori, cui potius subveniat, utrum creditori an fideiussori; nam minor captus neutri tenebitur. Facilius in mandatore dicendum erit, non debere ei subveniri, hic enim velut

affirmator fuit et suasor, ut cum minore contraheretur; et sqq. cf. L. 3. §. 4. eod. L. 51. D. de procurator. 3. 3. L. 1. 2. Cod. de fideiussor. min. 2. 24. L. 95. §. 3. D. de solut. 46. 3. vgl. §. 124. not. g. Girtanner S. 521. fg. Bekker S. 200. fg. Abweichend Vang. §. 578. Anm. 2. Nr. II. Vgl. auch, namentlich zu c), Huschke's Gaius S. 80.

V. Beschränkungen der Bürgschaft.

§. 358.

Das römische Recht untersagt Bürgschaften der Soldaten für Pachtungen [a], Bürgschaften der Geistlichen für öffentliche Leistungen, weltliche Pachtungen, Vormundschaften und fremde Proceßführung [b]; die heutige Anwendbarkeit dieser Bestimmungen ist aber sehr zweifelhaft [1]. Wichtig dagegen sind die gesetzlichen Beschränkungen für Bürgschaften der Frauen, theils der Frauenspersonen überhaupt, und zwar rücksichtlich der Wirksamkeit und rücksichtlich der Form der Intercessionen, theils der Ehefrauen insbesondere [2]. Sie beruhen theils auf dem senatusconsultum Velleianum und dessen Auslegung [c], theils auf besondern Vorschriften Justinians [d].

Anm. 1 Vgl. darüber Girtanner S. 143. fg. 283. fg. 368. fg.

2 Kattenhorn, die Intercession der Frauen. Gießen 1840. Girtanner S. 133. fg. 258. fg. 335. fg.

A. Senatusconsultum Velleianum.

§. 359.

Nach dem genannten Senatsbeschluß sollen nicht nur Bürgschaften, sondern überhaupt Intercessionen der Frauen wirkungslos seyn [1]. Intercession aber ist die Uebernahme einer Obligatio für einen Andern, neben demselben oder anstatt desselben, wodurch man sich der Gefahr aussetzt, anstatt desjenigen, welchen die Schuldverbindlichkeit eigentlich angeht, weil dieser die Befriedigung des Gläubigers nicht bewirkt, von dem letzten in Anspruch genommen zu werden und aus seinem Vermögen Zahlung leisten zu müssen [2]. Die Intercession ist 1) sog. cumulative Intercession, wenn Jemand neben dem eigentlichen Schuldner eine Obligatio übernimmt, so daß der Gläubiger seine Forderung gegen den einen

[a] L. 31. Cod. de locato. 4. 65. cf. L. 8. §. 1. D. qui satisd. cog. 2. 8. [b] Nov. 123. cap. 6. cf. can. 29. C. XI. qu. 1. cap. 1. X. de fideiuss. 3. 22. [c] Dig. ad senatusconsultum Velleianum. 16. 1. Cod. 4. 29. [d] α) L. 23. Cod. l. c. β) Nov. 134. cap. (Auth. *si qua mulier* ad L. 22. Cod. l. c.).

oder andern richten kann; dahin gehört a) die Bürgschaft [a], b) die Eingehung einer Gesammtschuld, welche ihrem Grunde nach ganz oder zum Theil den Mitschuldner angeht [b], sodann auch c) die Pfandbestellung für eine fremde Schuld [c], wodurch man diese ohne persönliche Verpflichtung gewissermaßen auf seine Sache übernimmt; 2) sog. privative Intercession, wenn Jemand eine Obligatio anstatt des Andern übernimmt, so daß gegen diesen der Gläubiger keine Forderung hat; dahin gehört a) die Uebernahme einer fremden Schuld durch Novation, Expromissio [d], desgleichen b) durch Litiscontestatio oder Uebernahme der Defensio gegen die Schuldklage [e], und ebenso c) durch Eingehung eines Compromisses für den Schuldner [f], aber auch d) die Eingehung einer Contractsverbindlichkeit gegen einen Dritten für einen Andern, welchem jene vorabgenommen werden und doch der Vortheil aus dem Rechtsgeschäft, als wenn er es selbst eingegangen wäre, zukommen soll [g], was man tacita intercessio zu nennen pflegt. Auf alle diese Fälle findet das genannte Gesetz Anwendung, wenn nämlich eine Frauensperson in solcher Weise eine Obligatio übernimmt, vertrauend, daß sie doch nicht aus ihrem Vermögen werde Zahlung zu leisten haben, nicht auch dann, wenn jenes mit dem Willen und in der entschiedenen Absicht geschah, auch die wirkliche Zahlung auf ihr Vermögen zu übernehmen [3].

Nicht unter das Gesetz fällt die Uebernahme von Schulden durch Antritt oder Kauf einer Erbschaft [h], das Versprechen der Schadloshaltung wegen Verpflichtungen, welche für Jemanden aus einer Handlung hervorgehen können, als wodurch nicht dessen Verbindlichkeit dem Gläubiger gegenüber übernommen wird [i], die Tilgung einer fremden Schuld, ohne sie auf sich übernommen zu haben [k], Verzicht auf ein Recht, wenn gleich mit Rücksicht auf eine fremde Schuld [l], und die wirkliche Uebernahme einer Obligatio des Andern, die aber in der That (materiell) für die Ueber-

[a] L. 2. §. 1. D. h. t. L. 19. 22. Cod. de fideiuss. 8. 41. L. 10. Cod. mand. 4. 35. (§. 350...353.). [b] L. 17. §. 2. L. 18. D. h. t. (§. 213.). [c] L. 32. §. 1. D. h. t. cf. L. 8. pr. eod. (§. 364.). [d] L. 8. §. 8. 9. D. h. t. (§. 268.). [e] L. 2. §. 5. eod. L. 10. §. 1. D. de in rem verso. 15. 3. L. 51. §. 1. D. de procurat. 3. 3. (§. 271.). cf. L. 23. 26. D. h. t. [f] L. 32. §. 2. D. de receptis. 4. 8. [g] L. 2. §. 1. L. 8. §. 14. L. 11. 12. 29. pr. D. h. t. L. 4. 19. Cod. h. t. [h] L. 32. pr. D. h. t. L. 13. pr. L. 19. §. 3. eod. [i] L. 8. §. 1. L. 19. §. 1. 2. D. eod. L. 6. §. 1. Cod. eod. cf. L. 19. §. 4. D. eod. L. 6. §. 2. Cod eod. [k] L. 4. §. 1. L. 5. D. h. t. L. 1. 9. Cod. h. t. cf. L. 21. §. 1. D. eod. [l] L. 8. pr. D. h. t. L. 11. 21. Cod. eod.

nehmende nicht eine fremde ist[m]. Auch ist das Geschäft materiell nicht als Intercession zu betrachten, so weit der Intercedentin dadurch ein Vortheil zugegangen ist oder überhaupt nur ihr Vermögen durch die übernommene Verbindlichkeit und deren Erfüllung keine Verminderung erleidet[n].

Anm. 1 L. 2. §. 1. D. h.... Senatusconsulti verba haec sunt: *Quod Marcus Silanus et Velleius Tutor consules verba fecerunt de obligationibus feminarum, quae pro aliis reae fierent, quid de ea re fieri oportet* (Hal. *oporteret*), *de ea re ita consuluerunt: quod ad fideiussiones et mutui dationes pro aliis, quibus intercesserint feminae, pertinet, tametsi ante videtur ita ius dictum esse, ne eo nomine ab his petitio neve in eas actio detur, cum eas virilibus officiis fungi et eius generis obligationibus obstringi non sit aequum, arbitrari Senatum, recte atque ordine facturos, ad quos de ea re in iure aditum erit, si dederint operam, ut in ea re Senatus voluntas servetur.* — Den Worten nach betrifft das Sc. nur die Fidejussio, den Hauptfall cumulativer Intercession, und die Aufnahme eines Darlehens für einen Andern, d. i. einen speciellen Fall privativer Intercession (vgl. den §. unter 2. d.). Aber nach der Interpretation: Velleiano senatusconsulto plenissime comprehensum est, ne pro ullo feminae intercederent (L. 1. pr. D. h. t.), und: Omnis omnino obligatio senatusconsulto Velleiano comprehenditur, sive verbis sive re sive quocunque alio contractu intercesserint (L. 2. §. 4. eod.). Auch: in fraudem senatusconsulti... excogitata... rata haberi non oportet. L. 29. §. 1. D. eod.

2 Ueber den Begriff und die Arten der Intercession: Sintenis in Linde's Ztschr. X. 2. Deurer im civ. Arch. XXVIII. 15.

3 Vgl. „über das Princip des Sc. Velleianum" Windscheid im civ. Arch. XXXII. 12. 13. Girtanner S. 335. fg. Eine andere Ansicht dagegen entwickelt Bachofen, ausgewählte Lehren des R. Civilrts, Bonn 1848. Abh. 1. „das Velleianische Senatusconsult, seine ursprüngliche Fassung und spätere Erweiterung." — Nach jenem Princip findet das Sc. z. B. nicht Anwendung, wenn die Frau contrahirt oder expromittirt, um dem Andern zu schenken oder eine Dos zu bestellen oder aus sonst einem Grunde demselben den Gegenstand des Contracts oder die Befreiung von der Schuld auf ihre Kosten als Vermögensvortheil zuzuwenden. arg. L. 4. §. 1. L. 21. §. 1. L. 22. D. h. t. Aber nicht läßt sich dasselbe behaupten bei der Verbürgung ohne Regreßanspruch (fideiussio donandi animo), wodurch die Erwartung, daß der Hauptschuldner selbst zahlen werde, nicht ausgeschlossen ist. Girtanner S. 339. fg. Ob auch die a) als vermeintliche Schuldnerin delegirte oder b) als vermeintliche Gläubigerin delegirende Frau des Schutzes des Sc. genieße? Fuhr in Schäffer's Arch. II. 6. arg. a) L. 17. pr. L. 23. D. h. t. L. 19. D. de novat. 46. 2. cf. L. 8. §. 2. D. h. t. b) L. 8. §. 6. D. h. t. vgl. Windscheid a. a. O. S. 319. fg.

m L. 3. 13. pr. L. 22. 24. pr. 27. §. 2. D. eod. cf. L. 17. §. 2. eod. n L. 16. pr. L. 17. §. 2. L. 21. 22. D. h. t.

§. 360.

Die Intercession einer Frau gegen das Gesetz ist unwirksam kraft der exceptio senatusconsulti Velleiani [a]. Diese kann selbst nach der actio iudicati aus dem Intercessionsgeschäft entgegengesetzt werden [b]. Sie hebt die Obligatio der Intercedentin auch als naturalis obligatio völlig auf [c], kommt daher immer auch den Bürgen der Intercedentin [d], und denjenigen, die für ihre Obligatio ein Pfand bestellt haben [e], zu statten. Auch steht sie demjenigen zu, der im Auftrag der Frau intercedirte [f]. Irrthümliche Zahlung der übernommenen Schuld begründet die condictio indebiti [g]. Ist der Intercedentin durch das Intercessionsgeschäft eine Sache schon entzogen worden, so kann sie dieselbe vindiciren und die auf deren Uebertragung gegründete Einrede durch replicatio senatusconsulti Velleiani [1] entkräften [h].

Dem Gläubiger werden die Klagen, die er durch die ungültige (privative) Intercession verloren hat, wiedergegeben als restitutoriae oder rescissoriae actiones [i]; im Fall der sogenannten tacita intercessio (§. 359. 2. d.) wird ihm als utilis oder sog. institutoria actio [2] die Klage beigelegt, welche er ohne die Intercession der Frau durch Selbstvornahme des fraglichen Geschäfts erhalten hätte [k].

Anm. [1] L. 32. §. 2. D. h. t. Item si mulier creditori viri fundum vendidit et tradidit ea conditione, ut emtor acceptam pecuniam viro referret, et hunc fundum vindicat, exceptio quidem opponitur ei de re emta et tradita, sed replicabitur a muliere: *aut si ea venditio contra senatusconsultum factum sit.* Et hoc procedit, sive ipse creditor emerit, sive interposuerit alium, quo mulier ea ratione careat re sua. Ueber die Auslegung dieser Stelle s. Sintenis a. a. O. S. 51. und Windscheid a. a. O. S. 291. fg. vgl. mit dessen Diss. inaug. de valida mulierum intercessione. Bonn 1838. pag. 6. Brinz I. S. 627. fg.

[2] Ueber die Entstehung dieser Benennung vgl. L. 8. §. 14. D. h. t. Si, quum essem tibi contracturus, mulier intervenerit, ut cum ipsa potius contraham, videtur intercessisse, quo casu datur in te actio, quae

[a] L. 25. §. 1. D. h. t. L. 20. Cod. h. t. [b] L. 11. D. ad Sc. Maced. 14. 6. [c] L. 8. §. 9. L. 16. in f. D. h. t. [d] L. 16. §. 1. D. h. t. L. 14. Cod. h. t. cf. L. 8. §. 4. D. eod. [e] L. 2. D. quae res pign. 20. 3. [f] L. 6. 7. 30. §. 1. L. 32. §. 3. D. h. t. L. 15. Cod. eod. cf. L. 8. §. 4. 6. D. eod. [g] L. 40. D. de cond. indeb. 12. 6. L. 8. §. 3. D. h. t. L. 9. Cod. h. t. cf. L. 8. §. 10. D. eod. [h] L. 32. §. 1. 2. D. h. t. L. 39. §. 1. L. 40. D. de rei vind. 6. 1. [i] L. 1. §. 2. L. 8. §. 7...13. L. 9. 13. §. 2. L. 14. D. h. t. L. 16. Cod. h. t. cf. L. 10. D. eod. [k] L. 8. §. 14. 15. D. h. t.

instituit magis quam restituit obligationem, ut perinde obligeris eodem genere obligationis, quo mulier est obligata.

§. 361.

In folgenden Fällen tritt die Regel des Sc. Velleianum außer Wirkung: 1) wenn die Frau, damit sie intercedire, etwas empfangen hat [a], 2) wenn sie bezüglich der Intercession den Gläubiger betrügerisch getäuscht hat [b], oder 3) der letzte in entschuldbarem Irrthum gefangen nicht wußte, daß die Frau intercedire [c], 4) wenn derselbe minderjährig und der Hauptschuldner zahlungsunfähig ist [d], 5) wenn die Intercession für Bestellung einer Dos geschehen [e], 6) wenn die Intercedentin nach Ablauf von zwei Jahren die Intercession wiederholt hat [f], 7) wenn die Intercedentin der Rechtswohlthat des Velleianischen Senatsbeschlusses, nachdem sie über die Folgen des Verzichts durch einen Rechtskundigen belehrt worden, oder auch ohnedies unter eidlicher Bestärkung entsagt oder die Intercession selbst eidlich bestärkt hat, endlich 8) wenn eine Frau, die ein öffentliches Gewerbe treibt, namentlich eine Handelsfrau, in einem mit diesem Gewerbgeschäft in Verbindung stehenden Falle intercedirt.

Anm. Ueber diese Ausnahmen vgl. überhaupt Windscheid, diss. inaug. cit. (§. 360. Anm. 1.) und im civ. Arch. XXXII. S. 313. fg. Vang. III. §. 581. Anm. 1. Insbesondere:

1) Die Ausnahme unter 1) wird nicht als eigentliche Ausnahme angesehen, sondern schon aus dem Princip des Sc. gefolgert von Windscheid a. a. O. S. 299. fg. Girtanner S. 336., ohne hinreichenden Grund.

2) Bezüglich der Ausnahme unter 2) fragt sich, ob sie schon eintrete, wenn die Frau mit Kenntniß der gesetzlichen Unverbindlichkeit ihrer Handlung intercedirte? L. 30. pr. h. t. Si decipiendi animo vel quum sciret, se non teneri, mulier pro aliquo intercesserit, exceptio senatusconsulti ei non datur; actionem enim, quae in dolum mulieris competit, amplissimus ordo non excludit. Aber der letzte Satz beweist, daß jenes Wissen die exceptio nur ausschließt, sofern deshalb ein dolus mulieris vorliegt, was nicht nothwendig der Fall ist. Die richtige Erklärung, wornach die Stelle von absichtlicher Täuschung und doloser Nicht-Enttäuschung des Gläubigers zu verstehen ist, gibt Windscheid S. 317.; vgl. auch Bachofen a. a. O. S. 43.

3) Die Möglichkeit wirksamer Verzichtleistung auf das beneficium Scti Velleiani (im §. unter 7.) ist im R. R. ausdrücklich anerkannt bei der Mutter und

[a] L. 23. pr. §. 1. Cod. h. t. [b] L. 2. §. 3. L. 30. pr. D. h. t. L. 5. 18. Cod. eod. [c] L. 4. pr. 6. 11. 12. 27. pr. 28. §. 1. D. h. t. [d] L. 12. D. de minor. 4. 4. [e] L. 12. 25. Cod. h. t. cf. L. 24. eod. [f] L. 22. Cod. h. t. Nov. 61. cap. 1. §. 1. in f.

Großmutter, welche die Vormundschaft über Kind oder Enkel übernehmen: L. 3. Cod. quando mulier. 5. 35. nov. 118. cap. 5., und für den Fall, daß eine Frau als Beklagte den Proceß für denjenigen übernehmen will, für welchen sie intercedirte: L. 32. §. 4. D. h. t. Hiernach ist denn überhaupt, obwohl theoretisch häufig bestritten, in der Praxis, sowohl im byzantinischen Reiche als im Abendlande, von jeher die Wirksamkeit des Verzichts, und zwar auch des gleich bei der Eingehung des Intercessionsgeschäfts erklärten Verzichts, jedoch unter der im §. angegebenen Voraussetzung, als Regel angenommen worden. Girtanner S. 262. fg. 364. fg. Daß die Vorschützung der erworbenen Exceptio von dem Belieben der Beklagten abhängt, versteht sich ohnehin: arg. L. 31. 34. §. 2. D. h. t. Sintenis in Sell's Jahrb. II. S. 347. fg. — Die Wirksamkeit des eidlichen Verzichts ergibt sich aus den Grundsätzen des canonischen Rechts (§. 240.).

4) Die Ausnahme unter 8) beruht auf heutigem Gewohnheitsrechte, geht aber nicht so weit, daß für Handelsfrauen das Sc. Vell. überall gar nicht gelte. Thöl Handelsrecht §. 50. Girtanner S. 351.

§. 362.

B. Besondere Form für Intercessionen der Frauen.

Justinian hat dem Recht des Velleianischen Senatsbeschlusses die Vorschrift hinzugefügt, daß zu jeder Intercession einer Frau eine öffentliche von drei Zeugen unterschriebene Urkunde erforderlich seyn solle [a], welche Vorschrift jedoch nach heutigem Gebrauche so angewendet wird, daß nur entweder eine öffentliche oder eine von drei Zeugen unterschriebene Urkunde (instrumentum publicum oder quasi publicum) nothwendig ist. Ohne diese Form ist die Intercession schlechthin nichtig; ist sie beobachtet, so kommen dann noch erst die Vorschriften jenes Gesetzes (§. 360. 361.) zur Anwendung. Indessen machen auch in Beziehung auf diese Formvorschrift eine Ausnahme: 1) nach dem Inhalt und Geist des betreffenden Gesetzes selbst [b], die Fälle in §. 361. unter 1...3.; 2) nach der Absicht anderer, theils späterer, theils gleichzeitiger Gesetze die Intercession für die Dos [c] und die Intercessionen der Mutter und Großmutter nach gerichtlich erklärtem Verzicht auf die weiblichen Rechtswohlthaten [d]; 3) nach canonischem Recht die eidlich bestärkte Intercession [e], und 4) nach Gewohnheitsrecht die Intercession der Handelsfrauen [f].

[a] L. 23. §. 2. Cod. h. t. [b] L. 23. pr. §. 2. Cod. h. t. cf. L. 11. D. h. t. [c] L. 25. Cod. h. t. [d] nov. 118. cap. 5. L. 3. Cod. quando mulier. 5. 35. [e] §. 361. Anm. 3. a. E. [f] §. 361. Anm. 4.

Anm. Die Auslegung der L. 23. Cod. h. t., insbesondere ihr Verhältniß zu den Ausnahmefällen des §. 361., ist noch immer sehr streitig. Vergl. Vang. III. §. 581. Anm. 2. Girtanner S. 351. fg.

§. 363.

C. Beschränkung der Intercession der Ehefrauen.

Nach einer andern Verordnung Justinians soll die Intercession einer Ehefrau für ihren Ehemann, in welcher Form sie auch beurkundet werde, schlechthin nichtig seyn, und wenn sich auch die Frau mit dem Manne als Schuldnerin in einer Urkunde verpflichtet hat, so soll sie doch der Gläubiger immer nur so weit in Anspruch nehmen können, als er beweist, daß der Gegenstand des Schuldgeschäfts auch wirklich ihr zu Gute gekommen sey. Die heutige Praxis erkennt indessen auch hier den Verzicht der Frau auf den Schutz dieses Gesetzes als wirksam an, wenn derselbe nach vorgängiger Rechtsbelehrung in Abwesenheit des Ehemanns erklärt, oder wenigstens, wenn er eidlich bestärkt worden ist.

Anm. Das betreffende Gesetz, nov. 134. cap. 8., sagt nach der Vulg.: Et illud vero praevidimus pro subiectorum utilitate corrigere, ut si qua mulier crediti instrumento consentiat proprio viro aut scribat et propriam substantiam aut se ipsam obligatam faciat, iubemus, nullatenus huiusmodi valere aut tenere, sive semel sive multoties huiusmodi aliquid pro ea re fiat, sive privatum sive publicum sit debitum, sed ita esse ac si neque scriptum esset, nisi manifeste probetur, quia pecuniae in propriam ipsius mulieris utilitatem expensae sunt. Daraus ist entnommen die Auth. *si qua mulier* etc. ad L. 22. Cod. h. t. 4. 29., die in der Praxis gewöhnlich als Quelle obigen Rechtsatzes genannt wird. Ueber die streitige Auslegung des Gesetzes vgl. Vang. a. a. O. Anm. 3. Girtanner S. 358. fg. Busch im civ. Arch. XXXI. S. 25. fg. — Die Bestimmungen des R. Rts über Intercession der Frauen (§. 359 ... 363) sind übrigens im Ganzen von sehr problematischem Werthe, und hat sich die neuere Gesetzgebung nicht ohne Grund mehr oder weniger davon abgewendet. Oesterreich. Gesetzb. §. 1349. „Fremde Verbindlichkeiten kann ohne Unterschied des Geschlechts Jedermann auf sich nehmen, dem die freie Verwaltung seines Vermögens zusteht"; vgl. Preuß. Landrt. I. 14. §. 221 ... 226. — Girtanner S. 551. fg.

Viertes Capitel.

Von Sicherung der Forderungen durch Pfandrecht [1].

I. Wesen des Pfandrechts im Allgemeinen [a].

§. 364.

A. Begriff.

Die Gewähr für die Verwirklichung einer Forderung liegt vorzüglich in dem Vermögen des Schuldners. Durch Bürgschaft wird diese Gewähr auch auf das Vermögen des Bürgen ausgedehnt. Aber durch die Unzulänglichkeit und Wandelbarkeit des Vermögens beider kann immer noch die Forderung gefährdet werden (§. 226.). Dagegen wird dem Gläubiger eine Sicherheit anderer Art geboten, wenn die Haftung für die Forderung dergestalt auf eine Sache übertragen wird, daß er in dieser ein Mittel hat, seine Befriedigung zu bewirken. So entsteht das Pfandrecht. Es ist das Recht eines Gläubigers, eine Sache, ohne Rücksicht darauf, ob sie im Vermögen des persönlich Verpflichteten sich befinde oder nicht [b], als durch ihren Werth ihm haftend für die Befriedigung seiner Forderung in Anspruch zu nehmen [c], nöthigenfalls durch deren Veräußerung sich diese Befriedigung wirklich zu verschaffen [d]. Es ist ein Recht an der Sache [e]; gegen diese unmittelbar ist es gerichtet und gegen jeden Inhaber derselben verfolgbar. Aber es unterscheidet sich wesentlich von andern dinglichen Rechten vorerst dadurch, daß es ein accessorisches Recht einer Forderung ist, zu deren Sicherung es dient (§. 366.), sodann dadurch, daß es durch sein Bestehen an sich nicht den Inhalt des Eigenthums einschränkt oder mindert, selbst das Veräußerungsrecht dem Eigenthümer nicht benimmt [f], aber dem Gläubiger die Möglichkeit gibt, ohne Rücksicht auf inzwischen stattgefundene Veräußerung das Eigenthum zu dem angegebenen Zweck dem Eigenthümer zu entziehen [2]. Die Verpfändung der Sache ist gleichsam eine accessorische Verpflichtung derselben,

[a] Dig. de pignoribus et hypothecis et qualiter ea contrahantur et de pactis eorum. 20. 1. Cod. de pignoribus 8. 14. cf. X. de pignoribus et aliis cautionibus. 3. 21. [b] L. 18. §. 2. D. de pign. act. 13. 7. L. 1. §. 2. D. h. t. L 44. §. 5. D. de usucap. 41. 3. [c] L. 16. §. 3. D. h. t. 20. 1. cf. §. 378. [d] L. 4. 5. D. de pign. act. 13. 7. cf. §. 375. [e] L. 19. pr. D. de damni inf. 39. 2. L. 30. D. de noxal. act. 9. 4. cf. §. 126 Anm. 1. [f] L. 15. Cod. h. t. 8. 14. L. 12. Cod. de distract. pign. 8. 28. cf. §. 132.

eine sachliche Bürgschaft (§. ~~359.~~ 349) für die Bezahlung einer Schuldforderung [3].

Analog den körperlichen Sachen, d. i. dem Eigenthum derselben, können indessen auch andere Vermögensgegenstände, unkörperliche Sachen oder Rechte, als Mittel dienen, Befriedigung einer Forderung zu erhalten; selbst auf Forderungen ist der Begriff des Pfandrechts angewendet worden (§. 367.). Es versteht sich von selbst, daß das Pfandrecht in dieser Ausdehnung nicht immer ein dingliches Recht seyn könne.

Anm. [1] Bearbeitungen dieser Lehre sind u. a.: Hug. Donelli tract. de pignoribus et hypothecis, als Anhang zu dessen comment. iur. civ. ed. Bucher, vol. XV. pag. 429...556.; vgl. desselben comment. ad Cod. lib. VIII. — Gesterding, die Lehre vom Pfandrecht nach Grundsätzen des R. R. Greifswalde 1816. 1831. — Sintenis Hdb. d. gemeinen Pfandrechts. Halle 1836. — Heimbach, Art. Pfandrecht, im Rtslex. VIII. S. 1...77. — Bachofen, das röm. Pfandrecht, Bd. 1. Basel 1849. rec. von Keller in d. krit. Jahrb. XI. S. 961...1022.

[2] L. 15. Cod. h. t. Debitorem neque vendentem neque donantem neque legantem vel fideicommissum relinquentem posse deteriorem facere creditoris conditionem certissimum est. Unde si tibi obligatam rem probare posse confidis, pignora persequi debes. Die Veräußerung überträgt das dominium nur cum sua causa. L. 12. Cod. 8. 28. Auch Einräumung von dinglichen Rechten als partielle Veräußerung kann demnach das Recht des Gläubigers nicht schmälern: Fitting Begriff der Rückziehung S. 73., wogegen mit Unrecht Scheurl in d. krit. Ueberschau V. S. 38.

[3] Eine gewisse Verwandtschaft des Pfandrechts mit den Obligationen gibt sich schon sprachlich kund in der gewöhnlichen Bezeichnung der Verpfändung durch obligatio rei, rem obligare u. s. w. Diese wird auch geradezu gegenübergestellt der persönlichen Verpflichtung: L. 11. D. quib. mod. pign. solv. 20. 6. „pignoris quidem obligationem praediorum Seiam ... remisisse videri, obligationem autem personalem perseverasse"; und mit dieser unter der gemeinschaftlichen Benennung obligationes begriffen, L. 5. §. 2. D. l. c. vgl. §. 301. Anm. 3. Mit großem Eifer ist diese Eigenthümlichkeit des Pfandrechts geltend gemacht von Büchel, Erörter. I. 2. Es ist aber nicht zu billigen, wenn man daraus eine wahre Obligatio (ein sog. dingliches Forderungsrecht) macht, wobei die Sache (Büchel a. a. O.) oder der jedesmalige Besitzer Schuldner sey. (Sintenis a. a. O.) Vgl. dagegen Puchta §. 193. Lang im civ. Arch. XXVIII. 14., aber auch Brinz I. §. 82. — Andere haben nun versucht, von den Pfandklagen ausgehend, das Wesen des Pfandrechts im römischen Sinn zu entwickeln. Rudorff in der Ztschr. für gesch. Rtsw. XIII. 4. und Bachofen a. a. O. So verdienstlich und lehrreich diese Versuche für die geschichtliche Erkenntniß und Interpretation der Quellen sind, so darf doch auch nicht durch einseitige Behauptung dieses Standpunkts das Recht materiell dogmatischer Auffassung des ausgebildeten Instituts verkümmert werden. Vgl. auch Brinz I. §. 80. fg.

§. 365.

B. Arten des Pfandrechts.

Dem Gläubiger kann der Besitz des Gegenstandes eingeräumt seyn, der ihm zur Sicherung seiner Forderung als Pfand dienen soll, sey es (abgeleiteter) juristischer Besitz, wodurch er dann auch die Besitzklagen erhält (§. 93. 135.), oder bloße Detention mit dem Recht der Verwahrung (§. not. l. m.). Das Pfand heißt in diesem Falle pignus im engern Sinne, heutzutage Faustpfand. Das Pfandrecht ohne Besitzübertragung heißt dagegen insbesondere hypotheca [1]). Beide Arten des Pfandrechts sind sowohl an beweglichen als unbeweglichen (körperlichen) Sachen möglich [2], die erste aber natürlich nicht in Anwendung auf solche Rechte, an welchen kein Besitz stattfindet. In dem, was das Wesen des Pfandrechts ausmacht, treffen beide, Pignus und Hypothek, zusammen, und wird meistens auch die letzte unter dem ersten Ausdruck mitverstanden.

Andere Eintheilungen der Pfandrechte ergeben sich noch aus andern Rücksichten (§. 370…373. 384…386.).

Anm. 1 L. 9. §. 2. D. de pign. act. 13. 7. Proprie pignus dicimus, quod ad creditorem transit; hypothecam, cum non transit nec possessio ad creditorem. cf. §. 7. J. de act. 4. 6. L. 288. §. 1. D. de V. S. (Gai. ad XII. tabb.) Pignus appellatum a pugno (?), quia res, quae pignori dantur, manu traduntur. Dagegen L. 5. §. 1. D. de pign. 20. 1. Inter pignus autem et hypothecam tantum nominis sonus differt. cf. §. 7. J. cit. Inter pignus autem et hypothecam, quantum ad actionem hypothecariam attinet, nihil interest. — Im ältern Recht gab es noch eine Art von Verpfändung mittels Uebertragung des Eigenthums (durch mancipatio oder in iure cessio) unter Verabredung der Rückübertragung nach Tilgung der Schuld; fiducia. Pauli sentt. II. 13. Gai. II. 60. Diese Form ist, wie mancipatio und in iure cessio, nicht ins Justinianische Recht übergegangen; sie war durch Ausbildung der andern ihrem Zweck sogar besser entsprechenden Verpfändungsarten völlig entbehrlich geworden. In L. 9. §. 2. cit. ist wahrscheinlich eine Beziehung darauf ausgemerzt. Möglich ist zwar auch jetzt noch Uebertragung des Eigenthums an den Gläubiger, unter jener Verabredung; dies würde aber jetzt nichts anders seyn, als ein unbenannter Contract (§. 235.).

2 Anders verhält es sich nach heutigen Rechten, mit Rücksicht auf das Institut der Hypothekenbücher. Das Nähere darüber gehört aber nicht in das Pandectenrecht.

C. Voraussetzungen des Pfandrechts.

§. 366.

1) Eine Schuldforderung.

Zur Entstehung eines Pfandrechts wird seinem Begriffe gemäß (§. 364.) vorerst vorausgesetzt eine Forderung desjenigen, welchem das Pfandrecht zustehen soll [a], wenn sie auch nur als naturalis obligatio wirksam ist [b]. Doch kann wohl für eine bedingte oder künftige Schuld schon im voraus ein Pfand bestellt werden [c], wie sich ein Bürge im voraus verpflichten kann; aber das Pfandrecht ist alsdann bedingt durch die wirkliche Entstehung der Forderung [d].

Anm. Man hat behauptet, die Verpfändung für eine klaglose Obligatio könne nur ein Retentionsrecht, nicht die Pfandklage geben; ohne Grund: cf. L. 13. pr. D. de cond. indeb. 12. 6. Doch kann der Pfandklage wohl dieselbe Einrede entgegenstehen, welche die persönliche Klage unwirksam macht, aus gleicher Rücksicht, wie nach §. 357. Anm. 5. der Klage gegen den Bürgen. L. 2. D. de quae res pign. 20. 3. cf. L. 9. §. 3. D. ad Sc. Maced. 14. 6. Vgl. Büchel, über Verpfändung für nicht vollgültige Obligationen, in dessen Erörtr. II. 1. Bang. §. 364.

§. 367.

2) Ein Gegenstand der Verpfändung [a].

Regel ist: Was einen Verkaufswerth hat und den Verkauf zuläßt, kann auch Gegenstand der Verpfändung seyn [1]; also 1) vor allem Sachen, körperliche Sachen, die in commercio sind [b], d. i. das Eigenthum derselben, mit seinen Beschränkungen, also z. B. auch als nuda proprietas [c]; auch ein intellectueller Theil [d], und andererseits eine Sachgesammtheit als Ganzes [e], auch schon im voraus zukünftige Sachen [f]; 2) dingliche Nutzungsrechte an einer fremden Sache [2] und zwar nicht nur als bestehende Rechte, von Seiten des Berechtigten, soweit sie übertragbar sind, also Emphyteuse und Superficies schlechthin [g], Usus fructus der Ausübung

[a] L. 1. 2. Cod. si pignoris conventionem numeratio pecuniae secuta non fuerit. 8. 35. cf. L. 33. D. h. t. 20. 1. [b] L. 5. pr. D. l. c. L. 101. §. 1. D. de solut. 46. 3. cf. L. 32. §. 1. D. ad Sc. Vell. 16. 1. [c] L. 5. pr. D. cit. [d] L. 13. §. 5. D. eod.

[a] Dig. quae res pignori vel hypothecae datae obligari non possunt. 20. 3. Cod. quae res pignori obligari possunt vel non et qualiter pignus contrahatur. 8. 17. [b] L. 3. 6. Cod. l. c. L. 1. §. 2. D. l. c. [c] L. 18. §. 1. D. de pign. act. 13. 7. [d] L. 7. §. 4. D. quib. mod. pign. solv. 20. 6. L. 3. §. 2. D. qui pot. 20. 4. [e] L. 13. pr. L. 34. pr. D. de pign. 20. 1. [f] L. 15. pr. eod. [g] L. 13. §. 3. eod. L. 15. D. qui pot. 20. 4. L. 16. §. 2. D. de pign. act.. 13. 7. cf. L. 1. §. 6. D. de superfic. 43. 18.

nach [h], sondern auch als erst zu errichtende, von Seiten des Eigenthümers der Sache [i]; 3) Forderungen, nomina, sofern sie nämlich cedirt werden können [k], wobei zugleich ein Faustpfand an der Schuldurkunde eingeräumt werden kann [l]. Mit der Forderung oder auch für sich ohne diese kann denn auch 4) ein Pfandrecht selbst weiter verpfändet werden; der Gläubiger kann, wie es auch ausgedrückt wird [3], den ihm verpfändeten Gegenstand weiter einem Dritten verpfänden [m], wodurch ein sog. Afterpfandrecht, Subpignus, entsteht.

Diese Gegenstände können nun auch nicht blos einzeln, sondern auch generell, d. i. zusammengefaßt unter einem mehr oder minder umfassenden Collectivbegriff verpfändet werden [n], und so kann denn insbesondere auch das ganze Vermögen einer Person, sogar zukünftiges wie gegenwärtiges, Gegenstand der Verpfändung seyn [o], auf welchen Fall vorzugsweise die Benennung „Generalhypothek oder allgemeines Pfandrecht" bezogen wird [4]

Anm. [1] L. 9. §. 1. D. de pignor. Quod emtionem venditionem recipit, etiam pignorationem recipere potest.

[2] Ueber die Verpfändung der iura in re aliena vgl. vorzüglich Büchel Erörter. I. 3. von der Pfordten im civ. Arch. XXII. S. 25. fg. Lang das. XXIX. 10. Schmid in Linde's Ztschr. n. F. V. 8. — Insbesondere bemerke man:

a) Am einfachsten stellt sich nach Analogie der Verpfändung von Sachen die Verpfändung einer bestehenden Emphyteuse oder Superficies dar (not. g.). Auf die letzte bezieht sich wohl auch L. 1. §. 6. D. de superfic. 43. 18. Quia autem etiam in rem actio de superficie dabitur, *petitori quoque in superficiem dari* et quasi usumfructum sive usum quendam eius esse et constitui posse per utiles actiones credendum est: worin nämlich Huschke mit Geschick emendirt: *pignori quoque insuper superficiem dari*, schon Ant. Faber aber emendirt hatte: *pignori quoque et sup. dari* etc. Daß aber jene Rechte auch vom Eigenthümer als erst zu errichtende verpfändet werden können, unterliegt keinem Zweifel, da auch

b) die Möglichkeit der pfandweisen Bestellung oder der Verpfändung eines erst zu bestellenden Usufructus von Seiten des Eigenthümers, gleich wie der eines bestehenden Usufructus von Seiten des Usufructuars, deutlich anerkannt ist in L. 11. §. 2. D. 20. 1. Ususfructus an possit pignori hypothecaeve dari, quaesitum est, sive dominus proprietatis convenerit, sive ille, qui

[h] L. 11. §. 2. D. de pign. 20. 1. L. 8. pr. D. quib. mod. pign. solv. 20. 6. cf. L. 49. D. de usur. 22. 1. [i] L. 11. §. 2. L. 12. D. de pign. 20. 1. [k] L. 4. Cod. h. t. 8. 17. L. 7. Cod. de her. v. act. vend. 4. 39. [l] L. 20. D. de pign. cf. L. 44. §. 5. D. de legat. I. [m] Cod. si pignus pignori datum sit. 8. 24. [n] L. 11. § 2. D. qui pot. 20. 4. L. 17. Cod. de distract. pign. 8. 28. [o] L. 6. 15. §. 1. D. de pignor. L. 9. Cod. h. t. 8. 17.

solum usumfructum habet? Et scribit Papinianus lib. 11. respons., tuendum creditorem, et si velit cum creditore proprietarius agere, *non esse ei ius uti frui invito se*, tali exceptione eum praetor tuebitur: *si non inter creditorem et eum, ad quem ususfructus pertinet, convenerit, ut ususfructus pignori sit.* Nam et cum emtorem ususfructus tuetur praetor, cur non et creditorem tuebitur? Eadem ratione et debitori obiicietur exceptio. cf. L. 15. pr. D. eod. Es unterliegt keinem Bedenken, das erste, wenngleich nicht das zweite, auch auf den Usus anzuwenden, da in jenem Fall nicht der Gläubiger selbst der Usufructuar wird, dieses wenigstens nicht nothwendig ist. Vang. §. 367. a. E.

c) Gleiches gilt von pfandweiser Einräumung der iura praediorum rusticorum nach L. 12. eod. Sed an viae, itineris, actus, aquaeductus pignoris conventio locum habeat? videndum esse Pomponius ait, ut talis pactio fiat, *ut, quamdiu pecunia soluta non sit, eis servitutibus creditor utatur*, scilicet si vicinum fundum habeat, et si intra diem certum pecunia soluta non sit, vendere eas vicino liceat. Quae sententia propter utilitatem contrahentium admittenda est. Darin liegt allerdings eine Abweichung von dem strengen Princip der Unübertragbarkeit der Grunddienstbarkeiten. Puchta §. 178. Gegen die Meinung, daß hiernach nur Pignus, nicht Hypothek (wobei die Abweichung geringer ist, als bei jenem), und nur bezüglich der vier genannten Servituten zulässig sey (Schmid a. a. O. Elvers Servitutenlehre §. 41.), sodann, daß der Verkauf durch den Gläubiger dem Käufer nicht das dingliche Recht der Servitut, sondern nur quasi possessio derselben gewährte (Rudorff in d. krit. Jahrb. VIII. S. 325.), vgl. Vang. §. 367. II. 1. Mit Unrecht beruft sich Rudorff zu Puchta §. 178. darauf, daß vendere servitutem nicht Rechtsübertragung, sondern nur Gewähr des uti licere bedeute (sollte heißen: dazu verpflichte). Allerdings konnte nach älterem Recht der Pfandgläubiger dem Käufer ohne in iure cessio des Eigenthümers sowenig die civilrechtliche Servitut, wie ohne mancipatio oder in iure cessio das quiritische Eigenthum der verpfändeten res mancipi gewähren, sondern dort nur eine servitus tuitione praetoria, wie hier bonitarisches Eigenthum; aber so gewiß der Pfandverkauf der res nec mancipi nach altem Recht, jeder Sache nach neuerem Recht, dem Käufer durch hinzukommende Tradition volles Eigenthum gibt, so gewiß muß ihm nun auch in obigem Falle das volle Recht der Servitut zugesprochen werden.

d) Dagegen L. 11. §. 3. D. eod.: Jura praediorum urbanorum pignori dari non possunt; igitur nec convenire possunt, ut hypothecae sint. Von Verpfändung durch den Servitutberechtigten versteht dies u. a. von der Pfordten a. a. O. S. 24. fg. Dagegen mit den Meisten Vang. §. 367. II. 2. Wahrscheinlicher erklärt man den Satz vom Standpunkte des ältern Besitzpfandes dadurch, daß es für servitutes urbanae keine besonderen Interdicte gab (§. 192. Anm. 4.), Rudorff in der Ztschr. XIII. S. 186. Bachofen a. a. O. S. 79. Nach den Grundsätzen des neuern Pfandrechts mit Verkaufsrecht ist der Satz vollends inconsequent, wenn Servituten durch bloßen Vertrag, ohne quasi traditio, eingeräumt werden können (§. 188.). Vgl. Brinz I. S. 296.

3 Man streitet dagegen, daß die Afterverpfändung eine Verpfändung des Pfandrechts sey. Büchel a. a. O. S. 103. fg. Huschke in Linde's Ztschr. XX. S. 221. fg. Dies ist eben so unfruchtbar und eben so ungegründet, wie der Streit, ob die Verpfändung der Emphyteuse und Superficies eine Verpfändung dieser Rechte oder ihres Gegenstandes sey? (Büchel a. a. O. S. 121. fg.). Vgl. Arndts in Linde's Ztschr. n. F. III. S. 285. fg. Nicht für so gleichgültig jedoch hält es Brinz I. S. 325. „wäre es auch nur der richtigen Vorstellung halber"; mit Huschke betont er es, daß das Pfandrecht nicht zu den verkäuflichen Dingen gehöre. Ist dies ausgemacht? Kann der Pfandgläubiger nur seinem Gläubiger afterverpfänden, nicht auch dem Gläubiger eines Dritten? und dies nicht etwa auch für einen Preis?

4 L. 9. Cod. h. t. (Justinianus). Si quis in cuiuscunque contractus instrumento posuerit: *fide et periculo rerum ad me pertinentium*, vel: *per earum exactionem satisfieri tibi promitto:* sufficere ea verba ad rerum tam earum, quas in praesenti debitor habet, quam futurarum hypothecam sancimus, nec ex prioribus sanctionibus minus habere specialis hypothecae memoriam videri.... Super qua generali hypotheca illud quoque... sancimus, ut, si res suas supponere debitor dixerit, non adiecto: *tam praesentes quam futuras*, ius tamen generalis hypothecae etiam ad futuras res producatur. cf. L. 2. Cod. de pignor. 8. 14. — Der Gegensatz zwischen genereller und specieller Verpfändung kann aber auch blos relativ genommen werden (not. n.). — Vang. §. 369. Puchta §. 195. not. h. „Man hat einen sehr unnützen und nothwendig erfolglosen Streit über die Bestimmung der Begriffe generelles und specielles Pfandrecht geführt; diese Begriffe existiren gar nicht. Was aber wirklich existirt: generelle und specielle Verpfändung, über dessen Begriffsbestimmung kann kein Streit seyn."

D. Umfang des Pfandrechts.

§. 368.

1) Bezüglich des Gegenstandes.

Das Pfandrecht an einer bestimmten Sache erstreckt sich von selbst auch auf die zu derselben hinzukommenden Erweiterungen, die als Accessionen dem Rechte derselben folgen, z. B. Alluvion [a], Bauten [b]. So ergreift auch die Verpfändung der nuda proprietas den damit sich wieder vereinigenden Usufructus [c]. Die Erzeugnisse der Sache insbesondere können als zukünftige Sachen nicht nur namentlich verpfändet werden [d], sondern werden auch ohnedies von der Verpfändung der Hauptsache ergriffen [1], sofern

[a] L. 16. pr. D. de pignor. 20. 1. [b] L. 29. §. 2. eod. L. 21. D. de pign. act. 13. 7. [c] L. 18. §. 1. D. eod. [d] L. 15. pr. D. de pignor. cf. L. 11. §. 3. D. qui pot. 20. 4.

nicht das Eigenthum derselben durch ihre Trennung von der Hauptsache einem Andern als dem Verpfänder oder dessen Erben erworben wird [e].

Die Verpfändung einer Sachgesammtheit, z. B. einer Heerde, erstreckt sich auch auf die später in dieselben fallenden Stücke [f], ergreift übrigens der Regel nach [2] die darin begriffenen einzelnen Sachen ebenso, als wenn sie speciell verpfändet wären [g].

Ebenso wirkt auch eine jede generelle Verpfändung, insbesondere die eines ganzen Vermögens, in der Regel bezüglich aller von Anfang darunter begriffenen oder später darunter fallenden Gegenstände, so als wenn diese speciell verpfändet wären [h], so daß sie mit dem Pfandrecht bestrickt bleiben, wenn sie auch nachher durch Veräußerung wieder ausgeschieden werden [i]. Indessen werden bei Verpfändung des ganzen Vermögens gewisse Gegenstände stillschweigend ausgenommen [k].

Anm. 1 A. M. sind manche wegen Pauli sentt. II. 5. §. 2. Foetus vel partus eius rei, quae pignori data est, pignoris iure non tenetur, nisi hoc inter contrahentes convenerit. Puchta §. 203. not. f. (zum Theil auch Bachofen I. S. 154.). Vgl. dagegen und über die umfangreiche Literatur dieser Streitfrage Vang. §. 370. — Eine andere Frage ist, wiefern die Pfandklage wegen der Hauptsache auch auf Erzeugnisse als causa rei sich erstrecke? L. 16. §. 4. D. de pignor. (§. 378.). Vang. a. a. O. unter II.

2 Einen besondern Fall bespricht L. 34. pr. D. de pignor. 20. 1. Cum tabernam debitor creditori pignori dederit, quaesitum est, utrum eo facto nihil egerit, an tabernae appellatione merces, quae in ea erant, obligasse videatur? et si eas merces per tempora distraxerit et alias comparaverit, easque in eam tabernam intulerit, et decesserit, an omnia, quae ibi deprehenduntur, creditor hypothecaria actione petere possit, cum et mercium species mutatae sint et res aliae illatae? Respondit: ea, quae mortis tempore debitoris in taberna inventa sunt, pignori obligata esse videntur. Mit Unrecht hat man daraus eine allgemeine Regel machen wollen. Vgl. §. 48. Anm. 4. Puchta §. 203. not. d. Vang. §. 369. Anm. 3. Vgl. jedoch Huschke a. a. O. S. 252. Brinz I. S. 297.

[e] L. 1. §. 2. L. 26. §. 2. L. 29. §. 1. D. de pignor. L. 3. Cod. in quib. caus. pign. 8. 15. L. 1. Cod. de partu pignoris. 8. 25. cf. L. 18. §. 2. D. de pign. act. 13. 7. L. 1. pr. D. de Salv. interd. 43. 31. [f] L. 13. pr. D. de pignor. [g] arg. L. 11. §. 2. D. qui pot. 20. 4. L. 32. D. de pign. [h] L. 15. §. 1. D. de pignor. 20. 1. not. g. [i] L. 8. §. 5. Cod. de secund. nupt. 5. 9. L. 47. pr. D. de iure fisci 49. 14. L. 1. Cod. de conv. fisci debitor. 10. 2. L. 17. Cod. de distr. pign. 8. 27. cf. L. 2. 3. Cod. de servo pign. dato. 7. 8. L. 6. 9. D. in quib. caus. pign. 20. 2. [k] L. 6....9. pr. D. de pignor. cf. L. 1. Cod. quae res pign. 8. 17.

§. 369.

2) Bezüglich der Forderung.

Das ganze Pfand haftet ungetheilt für die ganze Forderung und für jeden Theil derselben [a]; pignoris causa indivisa est; und so bleiben auch mehrere für dieselbe Schuld verpfändete Sachen alle verhaftet, bis die ganze Schuld getilgt ist [b].

Auch haftet das Pfand nicht blos für die Hauptforderung, für welche es bestellt ist, sondern auch, gleich dem Bürgen, für deren Zuwachs, für alles nämlich, was mit dem aus der Forderung entspringenden Rechtsmittel gefordert werden kann, namentlich Verzugszinsen [c], und so auch für Proceßkosten, sodann auch wegen Ersatz der auf das Pfand gemachten angemessenen Verwendungen [d]. Für vertragsmäßige Zinsen, wie für eine verabredete Strafe (§. 211.), haftet das Pfand nur, sofern die Verpfändung auch darauf sich erstreckte [e]; dies ist aber im Zweifel anzunehmen, wenn nur der Verpfänder mit Kenntniß der Zinsverbindlichkeit das Pfand für die Hauptforderung bestellt hat [f].

II. Erwerb des Pfandrechts.

§. 370.

Ein Pfandrecht kann entstehen entweder durch eine Willenshandlung desjenigen (oder seines Stellvertreters), dem der Gegenstand gehört, d. i. durch Privatdisposition, sog. pignus voluntarium, (§. 371.), oder unabhängig vom Privatwillen, sog. pignus necessarium, und zwar durch richterliche Verfügung (§. 372.) oder unmittelbar kraft eines Rechtsatzes (§. 373.). Es kann aber auch ein entstandenes Pfandrecht in gewisser Weise auf einen andern übertragen werden, oder eine sog. hypothekarische Succession stattfinden (§. 374.). Daher:

A. Entstehung eines Pfandrechts.

§. 371.

1) Durch Privatdisposition.

Durch Privatbestimmung kann ein Pfandrecht eingeräumt werden entweder in einer letztwilligen Verfügung, nach den Regeln

[a] L. 6. Cod. de distr. pign. 8. 28. L. 1. Cod. si unus ex pluribus heredibus creditoris vel debitoris partem suam debiti solverit vel acceperit. 8. 31. cf. L. 29. D. fam. erc. 10. 2. [b] L. 19. D. de pignor. 20. 1. L. 2. Cod. l. c. [c] L. 8. §. 5. D. de pign. act. 13. 7. [d] L. 8. §. 5. cit. L 6. Cod. de pignor. 8. 14. [e] L. 13. §. 6. D. de pignor. L. 11. §. 3. D. de pign. act. 13. 7. [f] L. 18. D. qui pot. 20. 4. cf. L. 4. 22. Cod. de usur. 4. 32.

der Vermächtnisse, sog. pignus testamentarium [a], oder mittels Uebereinkunft, sog. pignus conventionale, wozu es irgend einer besondern Form der Willenserklärung nicht bedarf [b]. Regelmäßiges Erforderniß aber ist, daß der Gegenstand der Verpfändung (Sache oder Recht) sich im Vermögen des Verpfänders befinde [c], und dieser die Veräußerungsbefugniß habe [d]. Demnach kann regelmäßig nur der Eigenthümer eine Sache gültig verpfänden [e]; der Miteigenthümer nur seinen Antheil [f]. Jedoch ist 1) das Pfandrecht, welches der redliche Besitzer einer Sache einräumt, in demselben Umfange wirksam, in welchem diesem die Publiciana in rem actio zusteht [g]. 2) Die Verpfändung einer fremden Sache ist gültig, wenn sie mit ausdrücklicher oder stillschweigender Einwilligung des Eigenthümers geschieht [h] oder von diesem genehmigt wird [i]. 3) Die Verpfspändung kann gültig schon im voraus, wie an zukünftigen Sachen [k], so auch überhaupt für den Fall geschehen, daß der Verpfänder die Sache künftig erwerbe [l], und dies versteht sich von selbst bei Verpfändung des ganzen Vermögens, rücksichtlich der spätern Erwerbungen [m], so wie auch bei Verpfändung einer fremden Sache, auf die der Verpfänder ein Forderungsrecht hat [n]. Außerdem kann 4) die Verpfändung der fremden Sache dadurch wirksam werden, daß der Verpfänder nachher Eigenthümer [o] oder der Eigenthümer Erbe des Verpfänders wird [p].

Uebrigens [2] kann eine Verpfändung auch unter Bedingung oder Zeitbestimmung stattfinden [q].

Anm. [1] Ueber „Verpfändung von Sachen, deren Eigenthümer man nicht ist“, vgl. überhaupt Huschke in Linde's Ztsch. XX. 6. mit Bachofen I. S. 66. fg. 541. fg. Vang. §. 372. Anm. 2. — Insbesondere zu Nr. 4. und zwar

a) den Fall betreffend, wenn der Verpfänder Eigenthümer wird (not. o.), vgl. *α*) L. 5. Cod. 8. 16. Quum res, quae necdum in bonis debitoris est, pignori data ab eo postea in bonis eius esse incipiat, ordinariam

[a] L. 26. pr. D. de pign. act. 13. 7. cf. L. 1. Cod. comm. de legat. 6. 43. [b] L. 1 D. l. c. L. 34. §. 1. D. de pignor. cf. L. 4. pr. D. in quib. caus. pign. 20. 2. [c] L. 23. D. de probat. 22. 3. [d] pr. §. 2. J. quib. alien. lic. 2. 8. cf. L. 11. §. 7. L. 12. L. 18. §. 4. L. 19. D. de pign. act. 13. 7. [e] L. 6. Cod. si aliena res pignori data sit. 8. 16. [f] L. un. Cod. si communis res pignori data sit. 8. 21. L. 3. §. 2. D. qui pot. 20. 4. [g] L. 18. L. 21. §. 1. D. de pignor. L. 14. D. qui pot. 20. 4. [h] L. 20. pr. D. de pign. act. 13. 7. L 26. §. 1. D. de pignor. 20. 1. L. 5. §. 2 D. in quib. caus. 20. 2. L. 2. Cod. si aliena res 8. 16. [i] L. 16. §. 1. D. de pignor. (§. 78.). [k] L. 15. pr. cf. L. 1. §. 2. D. de pignor. [l] L. 16 §. 7. D. eod. [m] L. 1. pr. 15. §. 1. eod. [n] L. 1. pr. eod. [o] L. 5. Cod. si aliena res. 8. 16. L. 41. D. de pign. act. 13. 7. L. 1. pr. D. de pignor. L. 9. §. 3. D. qui pot. 20. 4. [p] L. 22. D de pignor. L. 41. D. cit. [q] L 13. §. 5 D. de pignor. 20. 1.

quidem actionem super pignore non competere, manifestum est, sed tamen aequitatem facere, ut facile utilis persecutio exemplo pignoratitiae detur. β) L. 1. pr. cit. Conventio generalis in pignore dando bonorum vel postea quaesitorum recepta est; in speciem autem alienae rei collata conventione, si non fuit ei, qui pignus dabat, debita, postea debitori dominio quaesito, difficilius creditori, qui non ignoravit alienum, utilis actio datur, sed facilior erit possidenti retentio. γ) L. 9. §. 3. cit. Titia praedium alienum Titio pignori dedit, post Maevio; deinde domina eius pignoris facta, marito suo in dotem aestimatum dedit. Si Titio soluta sit pecunia, non ideo magis Maevii pignus convalescere placebat. Tunc enim priore dimisso sequentis confirmatur pignus, cum res in bonis debitoris inveniatur; in proposito autem maritus emtoris loco est; atque ideo, quia neque tunc, cum Maevio obligaretur, neque cum Titio solveretur, in bonis mulieris fuerit, nullum tempus inveniri, quo pignus Maevii convalescere possit. Haec tamen ita, si bona fide in dotem aestimatum praedium maritus accepit, id est, si ignoravit, Maevio obligatum esse. — Hiernach wird nur aequitatis causa eine Convalescenz des Pfandrechts, durch Gewährung einer utilis actio, zugelassen, daher dem Gläubiger, der in mala fide war, die Klage abgesprochen und nur doli exceptio gegen den Verpfänder gegeben. L. 1. pr. cit. cf. L. 14. Cod. de rei vind. 3. 32. Zudem behauptet man, arg. L. 9. §. 3. cit., die utilis actio finde nur statt, so lange der Verpfänder (oder dessen Erbe) das Eigenthum behalte (dann wohl auch gegen den dritten unberechtigten Besitzer?), nicht auch nach Veräußerung der Sache gegen den neuen Erwerber, wenn dieser von der Verpfändung nichts wußte. Huschke a. a. O. S. 235. fg. Windscheid in Linde's Ztschr. n. F. III. 10. Bachofen I. S. 545. fg. Dagegen Vang. I. S. 949. (6. Aufl.). Nach jener Ansicht müßten wir freilich anerkennen, „daß das römische Recht hier in seiner Entwickelung stehen geblieben sey.“ Windscheid S. 438. vgl. §. 168. Anm. a. E. Nach der entgegenstehenden Ansicht bleibt unerklärt die Beschränkung der Convalescenz bezüglich des zweiten Pfandrechts (vgl. Windscheid a. a. O.), weshalb man auch schon behauptet hat, L. 9. §. 3. cit. enthalte nur eine eigenthümliche vom spätern Recht nicht anerkannte Meinung des Africanus. Müller im civ. Arch. XI. S. 392. fg. Löhr das. XIV. S. 169. — Nicht verbessert wird die Sache durch die hypersubtile Behauptung, daß die Convalescenz des zweiten Pfandrechts auch dann nicht eintrete, wenn der erste Pfandgläubiger schon vor dem Eigenthumserwerb des Verpfänders abgefunden ist. Bachofen S. 556.

b) Den andern Fall (not. p.) betreffend widerstreiten sich die beiden angeführten Stellen: α) L. 22. cit. (Modestinus lib. VII. differentiarum) Si Titio, qui rem meam ignorante me creditori suo pignori obligaverit, heres extitero, ex postfacto pignus directo quidem non convalescit, sed utilis pignoratitia dabitur creditori. β) L. 41. cit. (Paulus lib. III. quaest.) Rem alienam pignori dedisti, deinde dominus eius rei esse coepisti: datur utilis actio pignoratitia creditori. Non est idem dicendum, si ego Titio, qui rem meam obligaverat sine mea voluntate, heres extitero; hoc enim modo pignoris persecutio concedenda non est creditori, neque

utique sufficit ad competendam utilem pignoratitiam actionem, eundem esse dominum, qui etiam pecuniam debet. Sed si convenisset de pignore, ut ex suo mendacio arguatur, improbe resistit, quominus utilis actio moveatur. — „Die Versuche, Modestinus mit Paulus zu vereinigen, sind sämmtlich mißlungen, und zum großen Theil einer genauern Darstellung gar nicht werth.... Ich denke, Niemand wird das mindeste Bedenken tragen, der Ansicht des Paulus beizutreten und die Modestin's zu verwerfen." — Bachofen I. S. 548. Dagegen Windscheid S. 439. „Die gemeine Meinung geht jetzt wohl dahin, daß ein Widerspruch zwischen Paulus und Modestin zuzugeben, die Entscheidung des letztern aber zu befolgen sey. Auch ich bin dieser Meinung." Ebenso Vang. I. S. 651. nach Analogie des Falles unter a) und §. 168. Anm. 1. d. Brinz I. S. 301.

[2] „Vom bedingten und dem mit einem dies behafteten Pfandrecht" siehe Huschke in Linde's Ztschr. XX. 5.

§. 372.

2) Durch richterliche Verfügung.

Richterliche Verfügungen, die ein Pfandrecht erzeugen können, sind:

1) Besitzeinweisung, missio in possessionem [1]; das Pfandrecht, pignus praetorium [a], entsteht hier, wenn der Gläubiger in Folge dessen wirklich in den Besitz gelangt [b];

2) gerichtliche Anordnung der Auspfändung zum Zweck der Vollstreckung eines Urtheils; das Pfandrecht, pignus in causa iudicati captum oder sog. pignus iudiciale, entsteht mit der wirklichen Vornahme der Pfändung [c];

3) richterlicher Zuspruch im Theilungsverfahren [d], indem der Richter einer Partei eine Leistung an die andere Partei auferlegt und dieser dafür ein Pfandrecht an der jener zugesprochenen Sache zuerkennt [2].

Anm. [1] Ausführliche Untersuchungen darüber enthält Bachofen I. S. 281... 480.; vgl. §. 391. not. k...m. Erst Justinian erstreckte dieses Pfandrecht auch auf Forderungen, L. 1. Cod. h. t. 8. 22., und verband mit demselben die hypothekarische Klage. L. 2. eod. Erst dadurch „wurde die Erhebung des pignus praetorium zu einem wahren Pfande vollendet. Aber ... die Uebertragung des Pfandbegriffes auf die Missionen ist ein bloßer Versuch ohne Erfolg, der Beginn einer Entwickelung ohne Resultat." Bachofen S. 479. 80. Heutzutage hält man diese Art des Pfandrechts überhaupt für unpraktisch. Sintenis §. 35. 72. a. E. Seuffert §. 198.

[a] Cod. de praetorio pignore et ut in actionibus debitorum missio praetorii pignoris procedat. 8. 22. [b] L. 26. D. de pign. act. 13. 7. L. 2. 3. Cod. qui pot. 8. 18. L. 3. 5. Cod. ut in poss. legat. 6. 54. L. 3. §. 1. D. de reb. eor. 27. 9. [c] Cod. si in causa iudicati pignus captum sit. 8. 23. L. 7. 8. Cod. quae res pign. 8. 17. L. 15. §. 2. L. 58. D. de re iud. 42. 1. L. 10. D. qui pot. 20. 4. L. 2. 3. Cod. cit. L. 3. §. 1. D. cit. (not. b.). [d] arg. L. 22. §. 3. D. fam. erc. 10. 2. §. 188. not. g. §. 320.

[2] Die Quellen erwähnen diesen Fall der Entstehung eines Pfandrechts nicht; auch ist er bestritten von Böcking Pand. II. §. 94. und Marx de adiudicatione pag. 7.; gleichwohl ist er unbedenklich als möglich anzuerkennen. Brinz I. S. 332. Auf einen andern Fall bezieht sich L. 29. D. fam. erc. 10. 2. cf. L. 7. §. 6. 12. D. comm. div. 10. 3.; und in ganz anderer Bedeutung, für Zuerkennen eines geltend gemachten Pfandrechts, findet sich adiudicare pignus in L. 16. §. 5. D. de pignor. L. 12. pr. D. qui pot. 20. 4.

[3] Nach deutschem Recht kann man sich in gewissen Fällen auch ohne den Richter durch Selbsthülfe, nämlich durch eigenmächtige Pfändung, ein Pfand verschaffen, worüber das Nähere im deutschen Privatrecht.

§. 373.

3) Durch Rechtsatz.

Mit vielen Forderungen ist durch Rechtsatz ein Pfandrecht verbunden, welches ipso iure besteht, sobald die Forderung entstanden und ein Gegenstand, der dem Pfandrecht unterliegt, gegeben ist. Man nennt es gesetzliches Pfandrecht, pignus legale. Die Anerkennung solcher Pfandrechte ging ursprünglich aus dem Gesichtspunkte hervor, daß in gewissen Fällen, in denen es wohl ganz gewöhnlich war, sich ein Pfandrecht bestellen zu lassen, auch ohne ausdrückliche Verabredung ein solches als bestellt angenommen wurde. Sie heißen daher auch stillschweigende Pfandrechte, pignora tacita [a]. Indessen hat die Gesetzgebung allmälig solche Pfandrechte in solcher Ausdehnung eingeführt, daß jener Gesichtspunkt ganz zurücktritt und diese Bezeichnung keineswegs mehr durchgängig angemessen erscheint [1]. Die Pfandrechte dieser Art erstrecken sich übrigens theils auf das ganze Vermögen des Schuldners, in welchem Fall man sie allgemeine gesetzliche Pfandrechte nennt [2], theils beschränken sie sich nur auf gewisse Güter, und heißen dann besondere gesetzliche Pfandrechte [3].

Anm. [1] Eine „vollständige Darstellung der Lehre vom stillschweigenden Pfandrecht" hat gegeben Meißner in 2 Theilen, Leipzig 1803. 1804. vgl. Vang. §. 374 ... 376. Die Bestimmungen des R. Rts darüber sind vielfach streitig, haben aber verhältnißmäßig geringen wissenschaftlichen Werth, und auch ihre praktische Bedeutung ist durch den Einfluß neuerer Hypothekengesetze sehr verringert. Treffend bemerkt Puchta §. 199. not. b. „Manche Juristen haben sich ein Geschäft daraus gemacht, ihre (der gesetzlichen Pfandrechte) Zahl zu vermehren, zum Theil indem sie, wo in den Quellen das Beispiel eines Pfandrechts vorkommt, dieses sofort für ein gesetzliches gehalten haben, zum Theil durch Erstreckung der bestehenden gesetzlichen Pfandrechte auf analoge Fälle. Eines ist so unstatthaft

[a] Dig. in quibus causis pignus vel hypotheca tacite contrahitur. 20. 2. Cod. 8. 15.

wie das andere, zumal eine große Anzahl gesetzlicher Hypotheken ein Uebel ist, und schon unter den im römischen Recht wirklich enthaltenen manche sich befinden, zu deren Verleihung der Gesetzgeber ohne hinreichenden Grund sich hat verleiten lassen."

2 Ein gesetzliches Pfandrecht am ganzen Vermögen des Schuldners haben: a) der Fiscus: fiscus semper habet ius pignoris, L. 46. §. 3. D. de iure fisci. 49. 14., insbesondere α) wegen öffentlicher Abgaben, L. 1. Cod. h. t. 8. 15. L. 1. Cod. si propter publ. pens. 4. 46., β) wegen Forderungen aus Contracten, L. 2. Cod. h. t. L. 28. D. l. c., wozu denn auch die Ansprüche gegen seine Verwalter gehören, jedoch nicht wegen Strafforderungen, L. 17. 37. eod. L. un Cod. de poen. fisc. 10. 7. L. 10. pr. D. de pact. 2. 14.;

b) der Regent und dessen Gemahlin, gleich dem Fiscus, L. 6. §. 1. D. de iure fisci. 49. 14.;

c) nach der Praxis auch Städte wegen städtischer Abgaben und wegen der Ansprüche gegen städtische Verwalter, cf. L. 2. Cod. de debit. civ. 11. 32.;

d) die Kirche an dem Vermögen ihres Emphyteuta, wegen Verschlechterung der Emphyteuse, nov. 7. cap. 3. §. 2.;

e) bevormundete Personen, namentlich Pupillen, Minderjährige, Wahnsinnige, an dem Vermögen der Vormünder (auch der Protutoren, arg. L. ult. D. de tut. act. 27. 3.), wegen der Verbindlichkeiten derselben aus der Vormundschaft, L. 20. Cod. de adm. tut. 5. 37. L. 7. §. 5. 6. Cod. de cura fur. 5. 70. L. un. Cod. rem al. ger. 4. 53. cf. L. 6. §. 4. Cod. de bon. quae lib. 6. 61.; wenn die Mutter als Vormünderin ihrer Kinder vor der Rechnungslegung und Herausgabe des Vermögens wieder heirathet, auch an dem Vermögen des Stiefvaters, L. 6. Cod. h. t. nov. 22. cap. 40.;

f) die Kinder α) am Vermögen des Vaters, bezüglich ihrer von der Mutter oder mütterlichen Großeltern herrührenden Güter, an welchem jenem Nießbrauch und Verwaltung zusteht, L. 6. §. 2. 4. Cod. de bon. quae lib. 6. 61. L. 8. §. 5. Cod. de sec. nupt. 5. 9., wenigstens wenn der Vater zu einer andern Ehe schreitet; β) an dem Vermögen des zu einer andern Ehe schreitenden Parens (parens binubus), bezüglich der Güter, deren Proprietät dadurch an die Kinder voriger Ehe fällt, und zwar rückwirkend von der Zeit des Erwerbes jener Güter an, und mit der Bestimmung, daß die Kinder auch die ihnen verfallenen Güter selbst, anstatt dieselben als Eigenthümer zu vindiciren, je nachdem es ihr Vortheil erheischt, mit der Pfandklage in Anspruch nehmen können; L. 6. §. 2. L. 8. §. 4. Cod. de sec. nupt. 5. 9. cf. nov. 98. cap. 1.;

g) die (orthodoxe) Ehefrau am Vermögen des Mannes: α) wegen der ihr zu restituirenden Dos, wobei sie das Recht hat, auch die Dotalsachen selbst, deren Eigenthum an sie zurückfällt, mit der Pfandklage in Anspruch zu nehmen; L. un. §. 1. Cod. de rei ux act. 5. 13. L. 19. Cod. de don. ante nupt. 5. 3. L. 30. Cod. de iure dot. 5. 12.; β) wegen ihrer Paraphernalcapitalien (nach der Praxis wegen aller bona parapherna), deren Verwaltung dem Manne überlassen ist; L. 11. Cod. de pact. conv. 5. 14.; γ) wegen der ihr bestellten donatio propter nuptias; nov. 109. cap. 1. cf. L. 12. §. 2. Cod. qui pot. 8. 18. Streitig: zu α), ob auch die Braut? zu α. β), ob auch die putative Ehefrau? (cf. L. 74. D. de iure dot. 23. 3. L. 17. §. 1. D. de reb. auct.

ind. 42. 5. L. 22. §. 13. D. sol. matr. 24. 3.), zu *α. β. γ*), ob auch die jüdische Ehefrau das gesetzliche Pfandrecht habe? —;

h) der Ehemann wegen der bestellten Dos, an dem Vermögen dessen, der sie zu entrichten hat; L. un. §. 1. Cod. de rei ux. act. 5. 13.; endlich

i) wenn einer Person etwas sub conditione viduitatis hinterlassen war, derjenige, an welchen dieses wegen Nichterfüllung der Bedingung zurückfällt, an dem Vermögen jener Person, wegen Erstattung des hinterlassenen; nov. 22. cap. 44. §. 2. 3. 9.

3 Ein gesetzliches Pfandrecht, welches nicht alle Güter des Schuldners ergreift, hat:

a) wer zur Wiederherstellung eines zerstörten Gebäudes Geld dargeliehen hat, wegen dieser Darlehensforderung, an dem wiederhergestellten Gebäude; L. 1. D. h. t.

b) Pupillen (und Minderjährige?) an den mit ihrem Gelde gekauften Sachen, wegen Ersatz des Geldes, sofern ihnen nämlich das Pfandrecht vortheilhafter seyn mag, als die ihnen zustehende Geltendmachung des Eigenthums an denselben; L. 7. pr. D. qui pot. 20. 4. L. 17. Cod. de pignor. 8. 14. L. 6. Cod. de servo pign. dato. 7. 8. vgl. §. 145. Anm. 3. a.;

c) der Verpachter eines zum Fruchtbau bestimmten Grundstücks (praedium rusticum), wegen seiner Forderungen aus dem Pachtvertrag, an den von dem Pachter selbst oder einem Afterpachter davon gezogenen Früchten; L. 24. §. 1. D. locati. 19. 2. L. 7. pr. D. h. t. 20. 2. cf. L. 4. pr. eod. L. 5. Cod. de locato. 4. 65.;

d) der Vermiether eines Gebäudes (praedium urbanum) an den in das Grundstück zu dauernder Benutzung daselbst eingebrachten Sachen des Miethers (mittelbar auch des Aftermiethers), wegen der Forderungen aus dem Miethvertrag; L. 32. D. de pignor. 20. 1. L. 2...4. 6. 7. §. 1. D. h. t. 20. 2. cf. L. 5. pr. eod. L. 11. §. 5. D. de pign. act. 13. 7.;

e) Vermächtnißnehmer wegen der Vermächtnißforderung an den dem Onerirten aus der Erbschaft zugekommenen Gütern. L. 1. 2. Cod. comm. de legat. 6. 43. Nov. 108. cap. 2.

§. 374.

B. Uebertragung eines Pfandrechts.

Das Pfandrecht steht in wesentlicher Beziehung zu der Forderung, für welche es bestellt ist. Die Haftung des Pfandes erstreckt sich nicht weiter, als der Inhalt der Pfandforderung reicht. Gleichwohl kann das Pfandrecht seiner Wirkung nach auf einen Andern übergehen, nicht nur mit der Forderung, sondern auch ohne dieselbe, theils durch eine Handlung des Gläubigers, theils auch ohne dessen Willen. Eine solche Uebertragung des Pfandrechts liegt in der Afterverpfändung (§. 367. 4.). Sie ist stillschweigend verbunden mit der Abtretung der Pfandforderung [a]. Ein Recht darauf

[a] L. 6. D. de hered. v. act. vend. 18. 4. §. 256. not. f.

haben der Bürge [b], und jeder rechtmäßige Besitzer des Pfandes [c], wenn sie, vom Gläubiger belangt, die Pfandschuld zahlen. Außerdem kann 1) bei der Novation der Pfandforderung das Pfandrecht auf die neue Forderung übertragen werden [d]. 2) Wer zur Bezahlung eines Pfandgläubigers das Geld herleiht und sich dafür ein Pfandrecht ausbedingt, tritt eben dadurch in das Pfandrecht des abgefundenen Gläubigers ein [e]. Ebenso 3) der Pfandgläubiger, der ein anderes ihm zustehendes Pfand verkaufen läßt, um einen vorgehenden Pfandgläubiger abzufinden [f]. 4) Ein nachfolgender Pfandgläubiger kann überhaupt sich den Eintritt in das Pfandrecht des vorgehenden Gläubigers auch wider dessen Willen dadurch verschaffen, daß er demselben die Befriedigung für seine Pfandforderung in gehöriger Weise darbietet [g]. Auch wird 5) demjenigen, der das Pfand zum Behuf der Abfindung eines Pfandgläubigers gekauft hat, andern Pfandgläubigern gegenüber die pfandrechtliche Sicherheit des abgefundenen gewährt [h].

Daß in diesen Fällen ein bestehendes Pfandrecht übertragen, nicht ein neues bestellt wird, ist überall vorzüglich in Beziehung zu andern an derselben Sache bestehenden Pfandrechten (§. 387.) von Bedeutung; es kann aber auch insofern wichtig seyn, als dabei nicht die Voraussetzungen ursprünglicher Bestellung eines Pfandrechts (§. 371.) erforderlich sind.

Anm. Ueber die hypothekarische Succession: Dernburg im civ. Arch. XLI. 1.

III. Rechte der Pfandgläubiger.

A. Abgesehen vom Zusammentreffen mehrerer Pfandrechte.

1) Bei Verpfändung von Sachen.

§. 375.

a) Verkaufsrecht [a].

Der Pfandgläubiger hat, nachdem die Pfandforderung wenigstens zum Theil fällig [b] und so lange ihm nicht volle Bezahlung

b L. 2. Cod. de fideiuss. 8. 41. c L. 19. D. qui pot. 20. 4. §. 378. not. l. d L. 3. pr. 12. §. 5. L. 21. pr. D. eod. L. 11. §. 1. D. de pign. act. 13. 7. L. un. Cod. etiam ob chirograph. 8. 31. cf. L. 18 D. de novat. 46. 2. e L. 12. §. 8. D. qui pot. 20. 4. L. 3. D. quae res pign. 20. 3. L. 1. Cod. de his qui in priorum creditorum locum succedunt. 8. 19. f L. 12. § 9. D. qui pot. 20. 4. g L. 12. §. 6. D. eod. §. 388. h L. 17. D. eod. L. 3. Cod. l. c.

a Dig. de distractione pignorum vel hypothecarum. 20. 5. Cod. 8. 28 b L. 4. D. h. t.

derselben geworden [c], die Befugniß, nicht die Pflicht [d], unabhängig vom Verpfänder und jetzigen Eigenthümer [e], wenn auch vergleichbar einem Bevollmächtigten [f], die Pfandsache zum Verkaufe zu bringen, und deren Eigenthum [g], beziehungsweise Besitz mit dem Recht der Publiciana actio [h], durch Uebergabe derselben [i] unwiderruflich [k] auf den Käufer zu übertragen. Er haftet diesem, wenn er als Pfandgläubiger verkaufte und nicht zu Mehrerem sich besonders verpflichtete oder betrügerisch handelte, nur dafür, daß demselben nicht wegen Unrechtmäßigkeit des Pfandverkaufes, insbesondere wegen Mangels des Pfandrechts oder durch einen andern Pfandgläubiger kraft bessern Pfandrechts die Sache entwährt werde [l]. Er haftet dem Verpfänder für das Interesse, wenn er nicht redlich und mit angemessener Sorgfalt verfuhr [m], und dieser kann selbst Restitution erlangen, wenn etwa der Käufer an der Unredlichkeit des Pfandverkäufers theilgenommen hat [n]. Ist die Sache an einen andern Pfandgläubiger oder einen Bürgen des Pfandschuldners verkauft, so wird dies so angesehen, als ob jenem nur die Pfandforderung verkauft worden; der Schuldner behält das Recht der Wiedereinlösung [o].

So weit der Gläubiger durch den Kaufpreis Befriedigung erhalten oder durch seine Schuld, namentlich weil er unvorsichtig dem Käufer Credit gegeben, nicht erhalten hat, wird die ~~Pacht~~schuld getilgt [p]; der Ueberschuß (hyperocha) muß herausgegeben werden [q].

Uebrigens soll nach Justinians Vorschrift der Gläubiger den Verkauf nicht vornehmen vor Ablauf von zwei Jahren, nachdem der Schuldner rechtskräftig verurtheilt oder unter Androhung des Pfandverkaufes zur Zahlung aufgefordert worden [r]. Die Verabredung, daß nicht verkauft werden solle, hat die Wirkung, daß

[c] L. 6...8. 14. Cod. h. t. [d] L. 6. pr. D. de pign. act. 13. 7. cf. L. 15. §. 5. D. de re iud. 42. 1. [e] Cod. debitorem venditionem pignoris impedire non posse. 8. 29. L. 1. Cod. de litigios. 8. 37. [f] §. 1. J. quib. alien lic. 2. 8. cf. L 14. §. 5. D. de div. temp. 44. 3. L. 29. D. fam. erc. 10. 2. L. 10. §. 1. D. quib. mod. pign. 20. 6. [g] L. 4. D. de pign. act. 13. 7. L. 15. Cod. h. t. [h] cf. L. 18. D. de pignor. 20. 1. [i] L 13. D. h. t. cf. L. 7. pr. eod. [k] L. 7. pr. §. 1. eod. L. 2. Cod. si antiquior cred. 8. 20. [l] Cod. creditorem evictionem pignoris non debere. 8. 46. cf. L. 10. D. h. t. L. 11. §. 16. D. de act. emti 19. 1. [m] L. 4. 7. 9. Cod. h. t. 8. 28. [n] L. 1. 3. 4. Cod. si vendito pignore agatur. 8. 30. [o] L. 5. §. 1. L. 6. D. h. t. [p] L. 9. D. h. t. L. 3. Cod. h. t. L. 26. D. de solut. 46. 3. L. 35. pr. D. de pign. act. 13. 7. cf. L. 22. §. 4. eod. L. 59. §. 4. D. mand. 17. 1. [q] L. 24. §. 2. L. 42. D. de pign. act. 13. 7. [r] L. 3. §. 1. Cod. de iure dom. 8. 34. cf. L. 4. Cod. h. t.

dreimal gemahnt werden muß [s]. Das pignus in causa iudicati captum kann nach Ablauf von zwei Monaten seit der Auspfändung verkauft werden, und zwar im Wege gerichtlicher Versteigerung [t]. Nach heutigem Gebrauch aber findet auch bei andern Pfändern regelmäßig dann gerichtlicher Verkauf statt, wenn der Gläubiger erst durch richterliche Hülfe den Besitz des Pfandes erlangt und den Verkauf desselben ermöglicht; und dabei pflegt man denn die oben angegebene Verkaufsfrist nicht zu beobachten. Besondere Verabredung kann überall eine Abweichung von den gesetzlichen Regeln begründen [u].

Anm. Ueber den Pfandverkauf überhaupt vgl. vorzüglich Bachofen I. S. 157...210. 559...610. Platner im civ. Arch. XXXII. 4. Brinz I. §. 87. — Streitig: a) ob Mora des Schuldners vorausgesetzt werde? Puchta §. 205. Dagegen Vang. §. 379. Bachofen S. 165. 640. fg. b) ob selbst mora accipiendi den Verkauf nicht hindere? Vang. a. a. O. arg. L. 2. Cod. cred. vend. pign. 8. 29. Dagegen Puchta not. d. Brinz I. S. 354. cf. L. 5. Cod. de distr. pign. 8. 28. c) ob Liquidität der Forderung vorausgesetzt werde? Müller Abh. III. §. 2. 3. arg. L. 5. Cod. cit. L. 3. §. 1. Cod. de iure dom. 8. 34. Dagegen Vang. a. a. O., Puchta Vorles. §. 205. „der gerichtliche Verkauf wird durch die Bestreitung der Forderung, also des Pfandrechts, gehemmt, dagegen nicht an sich der Privatverkauf, aber dieser ist nichtig, wenn die Forderung nicht existirt. Ferner kann er nichtig seyn als Verkauf einer res litigiosa, wenn der Verpfänder vor dem Verkauf vindicirt hat. Soll der Verkauf erst durch die hyp. actio vorbereitet werden, also, wenn der Gläubiger nicht schon im Besitz ist, so wird natürlich die Bestreitung der Forderung ihn stets hindern."

§. 376.

b) Recht des Zuschlags.

Wenn kein Käufer des Pfandes oder doch kein annehmlicher sich findet, so kann sich der Gläubiger das pignus in causa iudicati captum sofort für die Forderung, die dadurch erlischt, addiciren lassen [a]. Außerdem kann in solchem Falle bei jedem Pfandrechte der Gläubiger verlangen, daß ihm, nach nochmaliger Mahnung des Schuldners oder nach Ablauf einer dem Abwesenden richterlich gesetzten Zahlungsfrist, das Eigenthum des Pfandes zugeschlagen werde

[s] L. 4. 5. D. de pign. act. 13. 7. [t] L. 2. 3. Cod. si in causa iud. 8. 23. L. 15. §. 2. L. 31. D. de re iud. 42. 1. [u] L. 3...5. 8. §. 3. D. de pign. act. 13. 7. L. 3. §. 1. Cod. de iure dom. 8. 34.

[a] L. 15. §. 3. D. de re iud. 42. 1. L. 3. Cod. si in causa iud. 8. 23. cf. L. 2. Cod. eod. L. 3. Cod. de execut. 7. 53.

(ius dominii impetrandi), unter gerichtlicher Abschätzung desselben, mit Vorbehalt des Ueberschusses seiner Forderung und Herausgabe des Ueberschusses des Werthes. Doch kann alsdann binnen zwei Jahren der Verpfänder das Pfand noch wieder einlösen, und andererseits der Gläubiger dasselbe noch mit der Wirkung verkaufen, daß sich die Größe seiner Restforderung oder des herauszuzahlenden Ueberschusses nach dem wirklichen Kaufpreise bestimmt, falls er nur eidlich erhärtet, daß er redlich so gut als möglich verkauft habe [b]. Der Betrag der Forderung, soweit sie durch den Zuschlag getilgt ist, gilt gleichsam als Kaufpreis [c].

Der Zuschlag geschieht nach römischem Recht durch Rescript des Regenten [d], nach heutigem Gebrauch durch den Richter.

Ungültig ist die Verabredung, daß dem Gläubiger im Falle der Nichtzahlung das Pfand von selbst für seine Forderung verfallen seyn solle, lex commissoria [e].

Anm. Ueber die lex commissoria s. Warnkönig, „dogmengeschichtliche Darstellung der Lehre v. d. lex commiss. bei Pfandrechten", im civ. Arch. XXIV. XXV. — Unter dieses Verbot fällt aber weder a) die spätere Ueberlassung des Pfandes an Zahlungsstatt; L. 13. Cod. de pignor. 8. 14. L. 24. pr. D. de pign. act. 13. 7.; noch b) der spätere Verkauf des Pfandes an den Gläubiger; L. 12. pr. D. de distr. pign. 20. 5.; selbst nicht c) der im voraus für den Fall der Nichtbezahlung bedingt abgeschlossene Verkauf, sofern er nicht zur Umgehung des Verbotes dient, also namentlich wenn er für einen erst alsdann zu bestimmenden billigen Preis geschieht; L. 16. §. 9. D. de pignor. 20. 1., und noch weniger d) ein solcher bedingter Verkauf an den Bürgen, für den Fall, daß er für den Schuldner zahle und nicht binnen gewisser Zeit Rückzahlung erhalte; L. 81. pr. D. de contrah. emti. 81. 1. Vang. §. 383. Seuffert §. 203. — Ob eidliche Bestärkung den Vertrag dem Verbot entziehe? Vang. §. 383. a. E. Dagegen Seuffert not. 3.

§. 377.

c) Retentionsrecht wegen anderer Forderungen.

Wenn der Gläubiger im Besitze des Pfandes ist, so ist er auch, nachdem er für die Pfandforderung volle Befriedigung erhalten hat, doch dem Schuldner gegenüber noch berechtigt, dasselbe zurückzuhalten, d. h. dessen Klage auf Herausgabe des Pfandes durch

[b] L. 3. Cod. de iure dominii impetrando 8. 34. (Justinianus. a. p. Chr. 530.), cf. L. 1. 2. eod. L. 63. §. 4. D. de acquir. dom. 41. 1. [c] L. 24. pr. D. de pign. act. 13. 7. [d] L. 2. 3. Cod. l. c. L. 3. Cod. si in causa iud. 8. 23. [e] L. 3. Cod. de pactis pignorum et de lege commissoria in pignoribus rescindenda. 8. 35. (Constantin.).

doli exceptio auszuschließen, so lange er noch andere Forderungen an denselben hat.

Anm. L. un. Cod. etiam ob chirographariam pecuniam pignus retineri posse. 8. 27. (Gordian.) ... Ac si in possessione fueris constitutus, nisi ea quoque pecunia tibi a debitore reddatur vel offeratur, quae sine pignore debetur, eam (rem) restituere propter exceptionem doli mali non cogeris. Iure enim contendis, debitores eam solam pecuniam, cuius nomine ea pignora obligaverunt, offerentes audiri non oportere, nisi pro illa etiam satisfecerint, quam mutuam simpliciter acceperunt. — „Ohne Grund und gegen den Wortlaut der Constitution wird diese Bestimmung von Vielen auf das Faustpfand eingeschränkt. Die Bestimmung enthält eine Ausnahme von der Regel, nach welcher das Retentionsrecht mit der Forderung des Klägers oder ihrem Gegenstand connexe Forderungen voraussetzt, aber in der Natur des Faustpfandes liegt nichts, was eine Beschränkung auf dasselbe rechtfertigen könnte" Puchta §. 204. not. e. vgl. Vang. § 382. — Ueber die Statthaftigkeit dieses Retentionsrechts im Concurse: Vang. das. a. E. Dagegen Puchta Vorles. §. 204. a. E., Bayer Concursproc. §. 28. u. a.

d) Klagen.

§. 378.

a) Dingliche Pfandklage.

Zur Geltendmachung des Pfandrechts ist dem Gläubiger eine dingliche Klage gegeben, die in einem Falle Serviana actio heißt, in den andern Fällen utilis oder quasi Serviana, überhaupt aber und gewöhnlich hypothecaria actio, oder auch pignoratitia (in rem) actio [1]. Sie ist eine vindicatio pignoris, und geht, gleich einer utilis rei vindicatio, gegen jeden Besitzer der Sache, also auch gegen den besitzenden Verpfänder selbst, sodann auch gegen fingirte Besitzer [a], nach Umständen jedoch nur in demselben Umfange, in welchem dem Verpfänder eine wirksame Publiciana actio zustand [b]. Sie bezweckt Herausgabe der Sache, beziehungsweise Ersatz des Interesse, wie die Eigenthumsklage [c], jedoch das letzte, dem Pfandschuldner selbst gegenüber, mit Beschränkung auf den Betrag der Pfandforderung [d]; sie geht auch, wie die Eigenthumsklage, auf die Früchte oder deren Ersatz, aber nur, sofern dies der Zweck der Befriedigung des Pfandgläubigers erfordert, und auf die vor Beginn des Rechtsstreites gezogenen Früchte nur insofern, als sie noch

[a] L. 16. §. 3. D. de pignor. 20. 1. [b] L. 18. D. eod. [c] L. 16. § 3. L. 21. §. 3. D. eod. (§. 167.) cf. L. 66. pr. D. de evict. 21. 2. [d] L. 21. §. 3. cit.

vorhanden und nicht dem Pfandrecht durch den Eigenthumserwerb des Beklagten entzogen sind [e].

Zur Begründung der Klage ist der Beweis der gültig geschehenen Verpfändung erforderlich [f], nebst dem der entstandenen Forderung [g]. Sie kann jedoch wohl schon vor der Fälligkeit der Forderung und selbst bei einem noch bedingten Pfandrecht zur Sicherstellung künftiger Ausübung [2] stattfinden [h].

Der Beklagte kann der Pfandklage ähnliche Gegenansprüche und Einreden entgegensetzen, wie der Eigenthumsklage [i]; er kann außerdem jene abwenden 1) dadurch, daß er dem Kläger volle Bezahlung der Pfandforderung anbietet [k], wobei er, wenn er rechtmäßig in Besitz gekommen, zugleich Abtretung der Pfandforderung verlangen kann [l]; 2) durch sog. exceptio excussionis, und zwar a) exceptio excussionis personalis, mittels welcher ein dritter Pfandbesitzer den Kläger zuvor an den Schuldner und dessen Bürgen [3] verweisen kann [m], b) exceptio excussionis realis, Verweisung an ein anderes Pfand, welche im Fall der Verbindung genereller und specieller Verpfändung [4] statthaben kann [n], und dem Besitzer der vom Bürgen verpfändeten Sachen zusteht, wenn andere Pfänder für die Hauptschuld vorhanden sind [o]; 3) durch die Einrede des bessern Pfandrechts [p]; 4) durch die Einrede der Verjährung [q].

Anm. 1 Abgesehen von der alten Verpfändungsart durch Fiducia, wornach der Gläubiger als Eigenthümer die rei vindicatio hatte, wurde eine in rem actio zuerst dem Verpachter bezüglich der invecta et illata des Pachters gegeben, welche ihm für den Pachtzins verpfändet worden (cf. L. 5. Cod. de locato. 4. 65. L. 5. Cod. in quib. caus. pign. 8. 15.), und dies ist die eigentliche Serviana actio, nach deren Vorbild sodann auch in andern Fällen, ohne Unterschied zwischen Faustpfand und Hypothek, eine gleiche Klage gegeben wurde. §. 7. J. de act. 4. 6. cf. L. 3. §. 3. D. ad exhib. 10. 4. L. 7. §. 12. D. comm. div. 10. 3. Diese Pfandklage (bisweilen auch schlechtweg Serviana genannt) war eine prätorische in rem actio, mit formula in factum concepta, die wahrscheinlich etwa folgendermaßen lautete: *Iudex esto. Si paret, eam rem, qua de agitur, ab eo, cuius in bonis tum fuit, Aulo Agerio pignoris nomine obligatam esse pro pecunia, quam ille Aulo Agerio ex mutuo dare oporteret, eamque*

[e] L. 16. §. 4. D. eod. vgl. §. 368. [f] L. 23. D. de probat. 22. 3. (§. 371.). [g] L. 10. Cod. de pign. act. 4. 24. cf. L. 1. Cod. si pign. conv. 8. 33. [h] L. 14. pr. D. de pignor. 20. 1. cf. L. 13. §. 5. eod. L. 5. §. 1. D. quib. mod. pign. solv. 20. 6. L. 10. Cod. de pignor. 8. 14. [i] L. 29. §. 2. D. de pignor. 20. 1. vgl. §. 168. [k] L. 12. §. 1. D. quib. mod. pign. 20. 6. [l] L. 19. D. qui pot. 20. 4. [m] Nov. 4. cap. 2. cf. L. 14. 24. Cod. de pignor. 8. 14. [n] L. 2. Cod. eod. cf. L. 2. D. qui pot. 20. 4. L. 9. Cod. de distr. pign. 8. 28. [o] Nov. 4. cap. 2. [p] L. 12. pr. §. 7. D. qui pot. (§. 387.). [q] L. 7. §. 1. 2. Cod. de praescript. 30. ann. 7. 39. §. 108. vgl. §. 390.

pecuniam solutam non esse, neque eo nomine satisfactum esse, neque per Aulum Agerium stare, quominus solvatur (satisve fiat), nisi arbitratu tuo Numerius Negidius Aulo Agerio restituat aut pecuniam solvat, quanti ea res erit, tanti Num. Negidium A. Agerio condemna, si non paret, absolve. Vgl. Keller in d. krit. Jahrb. XI. S. 981. fg. und Civilproc. §. 33. mit Bachofen I. S. 48. fg. 637. Rudorff in der Ztschr. XIII. S. 226. fg. Huschke in Linde's Ztschr. XX. S. 168. (Die Worte *satisve fiat* werden wegen L. 6. §. 1. D. 20. 6. mit Grund beanstandet von Brinz I. S. 335., der außerdem auch noch ein *convenisse ut pignori sit* vermuthet, arg. L. 13. §. 1. D. 16. 1.). Diese Formel, die jedoch nach Umständen mehrfach modificirt werden mußte, diente den römischen Juristen oft zum Anhaltpunkte für ihre Erörterungen über das Pfandrecht, ohne daß sie jedoch das materielle Wesen der Sache dabei außer Acht ließen.

2 Die formelle Zuläſſigkeit der hyp. actio in solchem Fall ergab sich von selbst nach Anm. 1.; es kam nur darauf an, ob sie auch sachlich gerechtfertigt war? z. B. wegen der Gefahr des Verlustes beweglicher Pfänder: L. 14. pr. D. 20. 1. (die sich zweifelsohne auf den Fall der eigentlichen Serviana actio bezog); und zu welchem Zweck? L. 13. § 5. eod. Sed si ... agatur ante conditionem hypothecaria, verum quidem est, pecuniam solutam non esse, sed auferri hypothecam (dem rechtmäßigen Besitzer) iniquum est; ideoque arbitrio iudicis cautiones interponendae sunt: *si conditio extiterit, nec pecunia solvatur, restitui hypothecam, si in rerum natura sit.* Huschke a. a. O. vgl. Rudorff S. 216. fg. Bachofen S. 13. 178. fg. 325.

3 Demnach kann dem Bürgen die Abtretung des Pfandrechts (§. 374. not. b.) nur nützen, wenn das Pfand sich noch im Vermögen des Schuldners befindet. — Mit Unrecht haben einige geglaubt, dieses Beneficium sey durch nov. 112. cap. 1. dem Besitzer eines Specialpfandes wieder entzogen. Busch im civ. Arch. XXXI. S. 20. fg. Es unterliegt aber ähnlichen Beschränkungen, wie das beneficium excussionis des Bürgen (§. 355.): Vang. §. 389. a. E. Ob es auch durch Concurs über das Vermögen des Auszuklagenden ausgeschlossen werde? Sell in Linde's Ztschr. III. 13. Chop im civ. Arch. XV. 3.

4 Aus diesem Grunde wird ausdrücklich dem nachstehenden Pfandgläubiger das Recht der Verweisung an das Specialpfand gegeben. L. 2. Cod. 8. 14. Es ist aber streitig, ob dies als besonderes Recht desselben anzusehen? oder andern Pfandbesitzern ebenso wie jenem überall und nur aus dem Gesichtspunkte einzuräumen sey, daß die generelle Verpfändung in Verbindung mit einer speciellen nur als subsidiäre auszulegen sey? (not. n.). Puchta §. 215. not. k. Vang. §. 389. Anm. 2. Brinz I. S. 341. — In dem Fall der not. o. nennen manche die exceptio auch excussionis personalis, gewiß unpassend, obwohl sie auf dem persönlichen beneficium excussionis des Bürgen beruht.

§. 379.

β) Interdictum Salvianum.

Für denselben Fall, auf welchen sich die Serviana actio bezog, hatte das prätorische Edict, zweifelsohne früher, ein inter-

dictum adipiscendae possessionis gegeben, das interdictum Salvianum [a], wodurch sich der Verpachter den Besitz der ihm verpfändeten Sachen des Pachters verschaffen konnte, um sein Pfandrecht daran auszuüben, und dieses wurde denn auch nach Einführung jener Klage, obgleich nun entbehrlich, noch beibehalten. In der heutigen Praxis gibt man das Interdict allen Pfandgläubigern als ein provisorisches Rechtsmittel, um sich nach summarischem Verfahren vorerst den Besitz des Pfandes zu sichern, ohne daß dadurch über das Pfandrecht schon rechtskräftig entschieden wird.

Anm. [1] Die Theorie dieses Interdicts nach römischem Recht besteht aus lauter streitigen Punkten. Vgl. Thibaut und Zimmern im civ. Arch. XI. 7. 15. Huschke Studien I. 4. Rudorff Ztschr. XIII. S. 209. fg. Bachofen I. S. 107. fg. Keller a. a. O. S. 965. fg. — Puchta §. 217. Vang. §. 390. Vgl. auch Brinz I. S. 306. fg. 332. fg. — Die Praxis hat es sich leicht gemacht, leichter noch und vielleicht besser wäre es, das Interdict ganz über Bord zu werfen.

[2] Durch Vertrag (sog. pactum de ingrediendo) kann dem Gläubiger die Befugniß eingeräumt werden, sich eintretenden Falls auch „ohne Recht", d. i. ohne Klage, in den Besitz des Pfandes zu setzen, was sonst unerlaubte Selbsthülfe wäre. RDA. von 1600. §. 32. vgl. L. 3. Cod. de pign. 8. 14. Dies berechtigt aber nicht zu gewaltthätiger Besitznahme, wenn dieser der Inhaber der Sache sich widersetzt.

§. 380.

γ) Andere Schutzmittel des Pfandgläubigers.

Wie die hypothecaria actio parallel ist der Eigenthumsklage des Verpfänders, so kann der Pfandgläubiger auch mancherlei andere Klagen, welche zunächst dem Eigenthümer zustehen, utiliter anstellen, wie es der Zweck der Pfandsicherheit erfordert; so namentlich die negatoria und confessoria actio [a], die actio finium regundorum [b], die actio legis Aquiliae [c]; sodann können ihm auch die Klagen wegen Entwendung zustehen [d], und er kann cautio damni infecti verlangen [e], und opus novum nuntiare [f], auch das interdictum quod vi aut clam erlangen [g]. Dem Faustpfandgläubiger stehen zudem auch die Besitzklagen zu, interdicta retinendae

[a] Dig. de Salviano interdicto. 43. 33. Cod. de precario et Salviano interdicto. 8. 9. vgl. §. 3. J. de interd. 4. 15. Gai. IV. § 147.

[a] L. 16. D. de servitut. 8. 1. § 169. 191. [b] L. 4. §. 9. D fin. reg. 10. 1 §. 321. [c] L. 17. pr. 30. §. 1. D. ad leg. Aquil. 9. 2. [d] L. 12. §. 2. D. de cond. furt. 13. 1. L. 15. pr. L. 87. D. de furt. 47. 2. §. 323. [e] §. 328. Anm. 3. [f] §. 330. not. l. [g] L. 11. §. 14. D. quod vi. 43. 24. §. 329.

und recuperandae possessionis, indem er abgeleiteten juristischen Besitz der Sache hat [h].

Anm. Ueber das Verhältniß des Pfandgläubigers zu demjenigen, welcher die Pfandsache beschädigt oder vernichtet: Stölzel im civ. Arch. XXXIX. 2.

§. 381.

c) Nutzung des Pfandes.

Auf die Nutzung des Pfandes hat der Pfandgläubiger regelmäßig keinen Anspruch. Er macht sich eines furtum usus schuldig, wenn er sich des Gebrauchs der verpfändeten Sache anmaßt [a]. Ist er aber im Besitze der Sache und diese zur Gewinnung natürlicher oder bürgerlicher Früchte bestimmt, so muß er auch, wofern nicht deren Bezug dem Verpfänder unmittelbar überlassen wird, gleich einem Verwalter desselben darauf bedacht seyn, den angemessenen Ertrag daraus zu erzielen, und diesen zunächst auf seine Zinsforderung anrechnen, den Rest aber herausgeben oder sich von der Hauptschuld selbst in Abzug bringen lassen [b]. Wird dem Gläubiger eine fruchttragende Sache als Faustpfand übergeben, so darf er, wenn gleich die Forderung unverzinslich ist [1], von dem zu verrechnenden Ertrag der Früchte landesübliche Zinsen für sich in Abzug bringen [c]. Ist dem Gläubiger die Antichresis, d. i. der Gebrauch oder Fruchtgenuß der Pfandsache anstatt der Zinsen [d], ausdrücklich eingeräumt worden [2], so hat er diesen schlechthin als Ersatz für die Zinsen, ohne über den Ertrag, sofern dieser nicht in einem Geldbezuge besteht, Rechnung legen zu müssen [e], es wäre denn ein anderes verabredet [f] oder nur eine Umgehung der Gesetze gegen Zinswucher bezweckt worden [g].

Anm. 1 Neuerdings bestritten von Stephan im civ. Arch. XXX. S. 355. fg. Dagegen Vang. §. 384. a. E.

2 Vgl. Seuffert §. 211. Erört. II. S. 104. Vang. §. 384. Anm. 2. — Eine andere Auffassung über den Fruchtgenuß des Pfandgläubigers hat Bachofen I. S. 139 . . . 156. Dagegen Keller in den krit. Jahrb. a. a. O. S. 998. fg.

h L. 35. §. 1. D. de pign. act. 13. 7. L. 1. §. 9. D. de vi 43. 16. L. 6. §. 4. D. de precario. 43. 26. cf. L. 14. §. 3. D. de div. temp. 44. 3. §. 135. not. i. §. 172. 173.

a §. 6. J. de obl. ex del. 4. 1. L. 54. pr. D. de furt. 47. 2. b L. 1 . . 3. Cod. de pign. act. 4. 24. L. 1. Cod. de distr. pign. 8. 28. L. 5. §. 21. D. ut in poss. legat. 36. 4. cap. 6. X. de pign. 3. 21. c L. 8. D. in quib. caus. pign. 20. 2. d L. 11. §. 1. D. de pign. 20. 1. L. 33. D. de pign. act. 13. 7. e L. 14. 17. Cod. de usur. 4. 32. f L. 1. §. 3. D. de pignor. 20. 1. g L. 26. §. 1. Cod. de usur. 4. 32.

§. 382.

2) Bei Verpfändung anderer Gegenstände.

Ist der Gegenstand der Verpfändung nicht eine Sache als Eigenthumsgegenstand, so finden die Bestimmungen der §§. 375...381. analog Anwendung, soweit nicht die besondere Natur des Gegenstandes eine Modification mit sich bringt. Dem Gläubiger steht regelmäßig die dem verpfändeten Rechte entsprechende Klage als utilis actio hypothekarisch zu, und kann er analog auch die übrigen pfandrechtlichen Befugnisse, so wie es die Natur des Gegenstandes zuläßt, ausüben. Dies ist 1) am einfachsten und vollständig der Fall bei Verpfändung der Emphyteuse und Superficies, sey es einer bestehenden oder erst zu errichtenden [a]. Der Gläubiger macht sein Recht durch utilis actio vectigalis oder de superficie geltend; er kann durch Verkauf das Recht einem Andern einräumen; auch sind dabei §. 377. 379...381. vollkommen anwendbar. 2) Aehnlich verhält es sich bei Verpfändung des Usus fructus, in Folge deren entweder die Ausübung des bestehenden oder das Recht selbst des erst zu errichtenden Usus fructus verkauft werden kann [b], wenn nicht die Absicht war, daß der Gläubiger nur durch den Fruchtbezug sich Befriedigung verschaffen sollte [c]. 3) Ebenso kann eine Prädialservitut verkaufsweise durch den Gläubiger eingeräumt werden, natürlich nur an einen benachbarten Grundbesitzer [d]. 4) Auch eine verpfändete Forderung kann verkauft werden, wodurch der Käufer Cessionar wird [e]. Hier kann aber auch der Pfandgläubiger selbst als Cessionar das Forderungsrecht ausüben und alsdann aus der empfangenen Geldsumme seine Bezahlung entnehmen oder den sonstigen Schuldgegenstand nunmehr als Pfand behandeln [f]. Endlich 5) der Afterpfandgläubiger ist befugt, das Pfandrecht des Afterverpfänders auszuüben, indem er dessen Pfandklage als ihm abgetretene anstellt [g]; er kann denn auch, so weit dies die Ausübung des Pfandrechts mit sich bringt, zugleich die Forderung des Afterverpfänders ausüben [h], ist aber, blos als Afterpfandgläubiger, nicht auch sonst

[a] L. 13. §. 3. C. de pignor. 20. 1. L. 16. §. 2. D. de pign. act. 13. 7. [b] L. 11. §. 2. D. de pignor. 20. 1. [c] L. 15. pr. eod. [d] L. 12. eod. [e] L. 7. Cod. de hered. v. act. vend. 4. 39. L. 15. §. 10. D. de re iud. 42. 1. [f] L. 18. pr. D. de pign. act. 13. 7. L. 4. Cod. quae res pign. 8. 17. cf. not. e. [g] L. 1. Cod. si pign. pignori 8. 24. [h] L. 13. §. 2. D. de pign. 20. 1.

berechtigt, diese Forderung durchaus als ihm verpfändete zu behandeln.

Anm. In Betreff der Frage, ob in der Afterverpfändung zugleich eine Verpfändung der Forderung des Afterverpfänders liege? hat L. 13. §. 2. D. de pign. zu verschiedenen Meinungen Anlaß gegeben, indem sie sagt: Cum pignori rem pignoratam accipi posse placuerit, quatenus utraque pecunia debetur, pignus secundo creditori tenetur, et tam exceptio quam actio utilis ei danda est. Quodsi dominus solverit pecuniam, pignus quoque perimitur. Sed potest dubitari, numquid creditori nummorum solutorum nomine utilis actio danda sit, an non? quid enim, si res soluta fuerit? Et verum est, quod Pomponius lib. 7. ad Edictum scribit: si quidem pecuniam debet is, cuius nomen pignori datum est, exacta ea creditorem secum pensaturum (Hal. Vulg. *exacta a creditore se compensaturum)*; si vero corpus is debuerit, et solverit, pignoris loco futurum apud secundum creditorem. Vgl. darüber Huschke in Linde's Zschr. XX. S. 227. fg. (welcher vorschlägt, zu lesen: *Et verum est, ... si quidem pecuniam debet is, cuius nomine pignori datum est, exactam eam a creditore creditorem secundum secum pensaturum* etc.), Vang. §. 368. Anm. 2. a. C., Puchta §. 208. not. g. Brinz I. S. 323. fg.

B. Beim Zusammentreffen mehrerer Pfandrechte.

§. 383.

An derselben Sache kann gleichzeitig Mehreren ein Pfandrecht zustehen, und zwar 1) so, daß jedem nur ein Theil der Sache verpfändet ist [a], bezüglich dessen er dann sowohl gegen die übrigen Pfandgläubiger als gegen andre Personen alle pfandrechtlichen Befugnisse ausüben [b], im Verhältniß zu den ersten aber zudem auch durch die actio communi dividundo ein Theilungsverfahren veranlassen kann [c]; ein solches Verhältniß wird im Zweifel angenommen, wenn Mehreren gemeinschaftlich in einem Act dieselbe Sache verpfändet ist, so zwar, daß die Pfandantheile sich nach dem Betrage der verschiedenen Forderungen richten [d]; 2) so daß jedem der mehreren Gläubiger dieselbe ganze Sache (in solidum) verpfändet ist, gleichwie dieselbe Person mehreren als Schuldnerin verpflichtet seyn kann. In diesem Fall kann dritten Personen gegenüber jeder von ihnen das ganze Pfand in Anspruch nehmen, als welches wenigstens eventuell jedem ungetheilt für seine

[a] L. 7. §. 4. D. quib. mod. pign. solv. 20. 6. [b] L. 10. in f. D. de pignor. 20. 1.
[c] L. 7. §. 6. 12. comm. div. 10. 3. [d] L. 16. §. 8. D. de pignor.

ganze Forderung haftet [e]. Was aber das Verhältniß unter den verschiedenen Gläubigern betrifft, so kann a) unter ihnen gleichwohl eine Gemeinschaft bestehen, vermöge deren alle nach Verhältniß ihrer Forderungen auf Befriedigung aus dem Pfandgegenstande Anspruch haben, in der Ausübung des Pfandrechts also einander beschränken; dies kann z. B. durch Verabredung so bestimmt [f] oder Folge der Theilung einer Pfandforderung unter mehreren Erben seyn [g]. b) Die verschiedenen Gläubiger können unabhängig von einander aber gleichberechtigt das Pfandrecht haben, so daß unter ihnen eine wahre Collision der Rechte entsteht, bei welcher die Prävention der Ausübung entscheidet [h]; dies kann die Folge gleichzeitiger nicht gemeinschaftlicher Verpfändung derselben Sache an mehrere Gläubiger seyn, und als solche müssen auch die innerhalb eines bestimmten Zeitraums geschehenen Verpfändungen gelten, wenn sich deren Zeitfolge nicht näher nachweisen läßt [i]; gleiches tritt auch ein, soweit nämlich eine solche Verpfändung überhaupt wirksam ist, wenn von verschiedenen Nichteigenthümern Mehreren dieselbe Sache verpfändet ist [k]. Endlich c) können die verschiedenen Pfandrechte in einer Rangordnung unter einander stehen, das eine dem andern vorgehen; und dies ist der häufigste Fall. Es fragt sich in dieser Beziehung: α) aus welchen Gründen kann ein Pfandrecht vor dem andern den Vorrang haben? quis potior oder prior est creditor? quis posterior? [l] β) welche Rechte hat der vorgehende, welche der nachfolgende Pfandgläubiger?

Anm. Ueber gleichzeitige Pfandrechte vgl. a) L. 10. D. 20. 1. Si debitor res suas duobus simul pignori obligaverit ita, ut utrique in solidum obligatae essent, singuli in solidum adversus extraneos Serviana utentur; inter ipsos autem si quaestio moveatur, possidentis meliorem esse conditionem; dabitur enim possidenti haec exceptio: *si non convenit, ut eadem res mihi quoque pignori esset.* Si autem id actum fuerit, ut pro partibus res obligarentur, utilem actionem competere et inter ipsos et adversus extraneos, per quam dimidiam partis possessionem (Hal. *dim. partem possessionis:* vielleicht *dimidiae partis poss.?*) apprehendant singuli. b) L. 16. §. 8. eod. Si duo pariter de hypotheca paciscantur, in quantum quisque hypothecam obligatam habeat, utrum pro quantitate debiti, an pro partibus dimidiis, quaeritur. Et magis est, ut pro quantitate

[e] L. 10. D. cit. [f] arg. L. 10. 16. §. 8. cit. [g] arg. L. 1. 2. Cod. si unus ex plur. 8. 32. L. 29. D. fam. erc. 10. 2. [h] L. 10. cit. §. 92. not. e. [i] arg. L. 16. §. 8. D. de pignor. 20. 1. [k] L. 14. D. qui pot. 20. 4. [l] Dig. qui potiores in pignore vel hypotheca habeantur et de his qui in priorum locum succedunt. 20. 4. Cod. qui potiores in pignore habeantur. 8. 18.

debiti pignus habeant obligatum. Sed uterque, si cum possessore agat, quemadmodum, utrum de parte quisque, an de toto, quasi utrique in solidum res obligata sit? Quod erit dicendum, si eodem die pignus utrique datum est separatim; sed si simul illi et illi, si hoc actum est, uterque recte in solidum aget, si minus, unusquisque pro parte. — Nach der letzten Stelle erklärt man Verpfändungen vom selben Tage schlechthin für gleichzeitige; Puchta §. 210. not. 1., wohl mit Rücksicht auf die Regel der L. 8. D. de feriis. 2. 12.; und ausdrücklich sagt auch Harmenopul. III. 5. §. 36. von diesem Fall: *αἱ ὧραι αἱ προλαμβάνουσαι καὶ ὑστερίζουσαι οὐ ποιοῦσι τινι αὐτῶν προτίμησιν.* Aber vernünftig ist es gewiß nicht, die Priorität innerhalb desselben Tages, wenn sie erweislich ist, nicht zu beachten.

1) Bestimmung der Priorität.

§. 384.

a) Nach dem Alter der Pfandrechte [1].

Regel ist, daß unter mehreren Pfandrechten die Zeit der Entstehung den Vorzug bestimme; das ältere Pfandrecht geht dem jüngern vor [2], ohne Unterschied, ob Faustpfand oder Hypothek [a], ob durch generelle oder specielle Verpfändung entstanden [b]. Der Anfang des Pfandrechts aber bestimmt sich:

1) durch das Daseyn seines Entstehungsgrundes. Das gesetzliche Pfandrecht ist bedingt durch das Daseyn der thatsächlichen Voraussetzungen, rücksichtlich der Forderung und des Gegenstandes, womit nach Rechtsvorschrift die Entstehung des Pfandrechts verbunden ist [3]; das richterliche Pfandrecht durch die Vollziehung des Actes, woran seine Entstehung geknüpft ist [4]. Ein vertragsmäßiges Pfandrecht kann nur von der Zeit des Pfandvertrags an beginnen, ein letztwillig gegebenes erst von dem Tode des Bestellers an, durch den die letztwillige Verfügung überhaupt wirksam wird. Ist die Verpfändung unter Bedingung geschehen, so wird nach deren Erfüllung, wenn diese nicht in des Verfänders Willkür stand, der Anfang des Pfandrechts auf die Zeit der Verpfändung zurückbezogen [c]. Ist die Verpfändung erst hinterher durch Genehmigung wirksam geworden, so findet ebenfalls Rückbeziehung statt, aber unbeschadet der inzwischen durch den Genehmigenden eingeräumten Pfandrechte [d]. Es muß sodann

2) auch das Schuldverhältniß begründet seyn, für welches

[a] L. 11. pr. L. 12. pr. §. 10. D. h. t. 20. 4. [b] L. 2. D. h. t. L. 6. Cod. h. t. 8. 18. [c] arg. L. 9. §. 1. D. h. t. L. 3. D. quib. mod. pign. solv. 20 6. (§. 71.) cf. L. 12. §. 2. D. h. t. [d] L. 16. §. 1. D. de pignor. 20. 1. cf. §. 78.

das Pfandrecht bestehe. Aber nur auf die Begründung eines bindenden Schuldverhältnisses kommt es an, nicht auf die gegenwärtige Verbindlichkeit zu bestimmten Leistungen, welche sich daraus ergeben [e]. Ist die Schuld bedingt, so wird nach Erfüllung der Bedingung, wenn diese nicht im Belieben des Verpfänders steht, zurückgerechnet [f], und ebenso ist auch der Anfang des für eine künftige Forderung im voraus bestellten Pfandrechts zurückzurechnen [g], wenn die wirkliche Entstehung der Forderung nicht der Willkür des Verpfänders überlassen ist [5]. Aber auch, wenn nur der Gläubiger gebunden war, das Geschäft einzugehen, woraus ihm die Forderung entsteht, muß dasselbe gelten [6].

3) Es muß der Gegenstand vorhanden seyn, der dem Pfandrecht unterworfen ist [h]. In Folge der Verpfändung künftig zu erwerbender Sachen entsteht daher das Pfandrecht erst mit der wirklichen Erwerbung [i], und müssen alle vordem an der Sache erworbenen Pfandrechte jenem vorgehen [7].

Anm. [1] Vgl. Regelsberger zur Lehre vom Altersvorzug der Pfandrechte. Erlangen 1859.

[2] L. 4. Cod. h. t. Sicut prior es tempore, potior es iure. L. 2. in f. ibid. Nam cum de pignore utraque pars contendit, praevalet iure, qui praevenit tempore. — Vgl. überhaupt Hepp, diss. inaug. qua inquiritur, ex quo tempore hypotheca bona debitoris afficiat. Lipsiae 1825. (vgl. Tübing. krit. Ztschr. II. S. 71. fg.) und dessen Beiträge zur Lehre von der Datirung des Pfandrechts, im civ. Arch. X. 12.

[3] Ueber die zum Theil streitige Bestimmung des Anfangs für die einzelnen Fälle s. §. 373. Vang. §. 375. 376. Seuffert §. 214.

[4] Vgl. §. 372. Bezüglich des pignus praetorium werden mehrere Gläubiger, die aus gleichem Grunde auf die Immission Anspruch haben, als gleichberechtigt angesehen, wenn sie auch nicht gleichzeitig ihre Theilnahme an derselben bewerkstelligt haben. L. 5. §. 3. D. ut in poss. legat. 36. 4. L. 2. Cod. h. t. 8. 18. vgl. §. 227.

[5] Die Beschränkung in den Sätzen des §. zu not. c. f. g. ist freilich von Mehreren bestritten: Trotschke in Linde's Ztschr. XVIII. S. 101. fg. Schmidt das. n. F. VIII. S. 381. fg. Wächter im Württemberg. Privatrecht II. S. 102. 117., und als prinzipiell verkehrt auch von Windscheid im civ. Arch. XXXV. 3. angefochten. Daß sie aber im R. R wirklich anerkannt sey, kann der letzte nach L. 9. §. 1. L. 11. pr. D. h. t. L. 4. D. quae res pign. nicht in Abrede stellen, und glaubt nur mit Bestimmtheit behaupten zu dürfen, daß die Ver-

[e] L. 9. pr. D. h. t. 20. 4. L. 1. pr. eod. cf. L. 6. §. 4. Cod. de bon. quae lib. 6. 61.
[f] L. 9. §. 1. 2. L. 11. §. 1. D. h. t. (§. 71.) [g] L. 9. pr. L. 11. pr. D. h. t. L. 4. D. quae res pign. 20. 3. cf. L. 30. D. de reb. cred. 12. 1. [h] L. 11. §. 2. D. h. t.
[i] L. 7. §. 1. D. h. t. cf. L. 21. pr. D. eod. L. 28. D. de iure fisci. 49. 14.

pfändung für eine versprochene Conventionalstrafe auch nach dieser Auffassung der Quellen dennoch als eine den Willen bindende zu betrachten, also der Altersrang des daraus hervorgehenden Pfandrechts nach der Zeit ihrer Vornahme zu bestimmen sey. Vgl. dazu noch Fitting Begriff der Rückziehung S. 40. fg. mit Scheurl in der krit. Ueberschau V. S. 31., sodann Brinz I. S. 294. fg.

6 „Denn es würde ja die schreiendste Unbilligkeit seyn, wenn der künftige Schuldner, welcher den Gläubiger in jedem Augenblicke zwingen kann, sein Wort zu halten, von seiner Seite zum Nachtheil des Gläubigers die verpfändete Sache veräußern oder weiter verpfänden könnte." Vang. §. 372. Anm. 3. vgl. Heise und Cropp Abh. II. 15. Eine Stütze für diesen Satz bietet L. 1. pr. D. h. t. Qui dotem pro muliere promisit, pignus sive hypothecam de restituenda sibi dote accepit; subsecuta deinde pro parte numeratione, maritus eandem rem pignori alii dedit; mox residuae quantitatis numeratio impleta est. Quaerebatur de pignore. Cum ex causa promissionis ad universae quantitatis exsolutionem, qui dotem promisit, compellitur, non utique solutionum observanda sunt tempora, sed dies contractae obligationis: nec probe dici, in potetaste eius esse, ne pecuniam residuam redderet, ut minus dotata mulier esse videatur. Vgl. §. 1. ibid. Alia causa est eius, qui pignus accepit ad eam summam, quam intra diem certam numerasset, ac forte prius, quam numeraret, alii res pignori data est. Indessen ist die Erklärung dieser Stelle und so auch der obige Satz sehr streitig (Vang. a. a. O.). So verwirft ihn z. B., in besonderer Beziehung auf ein heutiges pactum de mutuo dando (§. 280. not. c.), Puchta Vorles. §. 210. „weil dabei die entscheidende Frage, für welche Schuld das Pfandrecht gegeben wurde, ganz hintangesetzt ist." Allein consequent müßte dann auch im Fall der L. 1. pr. cit. anders entschieden werden; denn das Versprechen der Dos und das Versprechen ihrer Restitution an den Besteller sind zwei getrennte Verbalcontracte, und die Entstehung der Verbindlichkeit aus dem letzten kann der Mann durch Nichtannahme der Dos ebensowohl verhindern, als die Entstehung der Verbindlichkeit aus der vorausgehenden Stipulation der Rückzahlung eines Darlehens durch Nichtannahme des Darlehens verhindert werden kann (L. 30. D. reb. cred.). Auch Windscheid a. a. O. S. 69. fg. findet diese Ausnahme von der Beschränkung der Anm. 4., wenn man diese einmal gelten lasse, nicht gegründet und L. 1. pr. cit. dafür nicht beweisend, indem er deren Entscheidung (nicht befriedigend) daraus erklärt, daß das Versprechen der Dos schon wirkliche Bestellung derselben sey. Darin, daß so Viele diese Ausnahme vertheidigen, erkennt er eine Manifestation eines richtigen Rechtsgefühls, welches consequent zur Verwerfung der fraglichen Beschränkung überhaupt in allen Fällen, wo der Wille des Verpfänders auch nur eventuell gebunden sey, führen sollte. Vgl. übrigens noch Fitting, Scheurl und Brinz a. a. O. — Uebrigens kann durch ein pactum de mutuo contrahendo heutzutage auch der künftige Darlehensempfänger obligirt werden, und da ist denn die Rückdatirung des Pfandrechts eben so gerechtfertigt, als bei dem Pfandrecht für Restitution einer gemietheten Sache, zu welcher die Verbindlichkeit auch erst durch die Uebernahme derselben entsteht, der sich doch der Miether durch Leistung des Interesse entziehen könnte. Im Allgemeinen ist

bei dieser Frage zu beachten, daß nach der Formel der Pfandklage (§. 378.) die Existenz der Forderung zur Zeit der Verpfändung nicht ausdrücklich vorausgesetzt wurde. Wenn nun gleichwohl darauf Rücksicht genommen wurde, so geschah dieses aus innern Gründen in Erwägung des Zwecks der Verpfändung, aber eben deswegen auch nicht aus bloßer Consequenz des Begriffes, sondern nur, soweit es praktisch wirklich angemessen war.

7 Der letzte Theil dieses Satzes ist unbestreitbar; es wäre aller ratio iuris zuwider, wenn ein von dem jetzigen Eigenthümer gegebenes, also vollkommen begründetes Pfandrecht zurückstehen sollte gegen dasjenige, welches von einem Andern nur eventuell für den Fall der künftigen Erwerbung eingeräumt und also durch diese erst wirklich geworden ist. arg. L. 18. §. 2. D. de pign. act. 13. 7. Sehr streitig aber ist es, ob nicht unter mehreren Gläubigern, welchen von demselben Verpfänder nach einander dieselben Sachen in solcher Weise (speciell oder generell, durch Verpfändung des gegenwärtigen und zukünftigen Vermögens) verpfändet worden sind, der Vorzug der Zeit entscheide? — Consequent scheint es, zu behaupten: die Pfandrechte an den später erworbenen Sachen entstehen für alle durch die Erwerbung, sind also gleichzeitig. Diese Consequenz scheint anerkannt zu seyn in L. 7. §. 1. D. h. t. 20. 4. Si tibi, quae habiturus sum, obligaverim, et Titio specialiter fundum, si in dominium meum pervenerit, mox dominium eius adquisiero, putat Marcellus concurrere utrumque creditorem et in pignore. Non enim multum facit, quod de suo nummos debitor dederit, quippe cum res ex nummis pignoratis emta non sit pignorata ob hoc solum, quod pecunia pignorata erat. Damit hat man auch leidlich zu vereinigen gewußt L. 21. pr. eod.: Titius Seiae ob summam, qua ex tutela ei condemnatus erat, obligavit pignori omnia bona sua, quae habebat quaeque habiturus esset; postea mutuatus a fisco pecuniam, pignori ei res suas omnes obligavit, et intulit Seiae partem debiti, et reliquam summam novatione facta eidem promisit, in qua obligatione similiter ut supra de pignore convenit. Quaesitum est, an Seia praeferenda sit fisco et in illis rebus, quas Titius tempore prioris obligationis habuit, item in his rebus, quas post priorem obligationem acquisiit, donec universum debitum suum consequatur? Respondit, nihil proponi, cur non sit praeferenda: wobei man hervorhebt, daß der Verfasser dieser Stelle (Scaevola) noch kein gesetzliches allgemeines Pfandrecht des Fiscus vorausgesetzt und damals auch noch nicht die Verpfändung des ganzen (gegenwärtigen) Vermögens von selbst sich auf die künftigen Erwerbungen miterstreckt habe (L. 9. Cod. quae res pign. 8. 17.). Vang. §. 369. Anm. 1. Puchta Vorles. I. S. 399. 453. fg. — Allein a) eine Ausnahme von obigem Satze macht man bei der Verpfändung der Erzeugnisse einer Sache, als künftiger Sachen, wenn nur der Verpfänder zur Zeit der Verpfändung die rechtlich begründete Hoffnung auf deren Erwerb hatte; arg. L. 11. §. 3. D. h. t. 20. 4. cf. L. 8. D. de contrah. emt. 18. 1. Puchta §. 210. not. f. Sintenis Pfandr. S. 398. Dagegen Gesterding S. 86. fg. Huschke a. a. O. S. 205. 260. b) Ebenso bei Verpfändung einer res debita (§. 371. not. n.), indem man hier zunächst ein Pfandrecht an der Forderung annimmt, das mit dem Erwerb

in ein Pfandrecht an der Sache übergehe. Sintenis S. 56. 138. fg. Seuffert §. 214. not. 5. vgl. Puchta Vorles. I. S. 383. Dagegen Vang. §. 372. Anm 2. b. Huschke S. 207. c) Bei der Convalescenz der Verpfändung einer fremden Sache (§. 371. Anm. 1.) läßt man unter Mehreren, denen von demselben dieselbe Sache verpfändet wurde, den Vorzug nach der Zeit der Verpfändung gelten, arg. L. 9. §. 3. D. h. t. cf. L. 14. eod., Vang. §. 372. Anm. 2. c.; dagegen Puchta §. 210. not. i. Seuffert §. 214. not. 6. d) Manche schließen den fraglichen Satz aus bei gesetzlichen Generalhypotheken, arg. L. 21. pr. cit. L. 28. D. de iure fisci. 49. 14.; Huschke a. a. O. S. 202. fg.; oder wenigstens bei der des Fiscus, Vachofen S. 260. fg.; dagegen Vang. §. 369. e) Von vielen wird der obige Satz ganz verworfen, und die vorangehende Frage allgemein bejaht, insbesondere bei allgemeinen Pfandrechten durchweg die Rangordnung nach der Zeit der Verpfändung behauptet. Mühlenbruch §. 312. Wening I. §. 164. und Fritz Erläutr. dazu II. S. 414. fg. u. a. Diese Ansicht, schon von Azo vertheidigt, aber in der Glosse mißbilligt, gleichwohl lange Zeit die herrschende, ist noch neuerdings wieder vertheidigt von Schmidt in Linde's Ztschr. n. F. VIII. 13. Wenn dieselbe einerseits L. 7. §. 1. D. h. t. nicht ohne einigen Zwang von dem Falle gleichzeitiger Verpfändung verstehen muß, so steht ihr andererseits eine ungezwungenere Erklärung der L. 21. pr. eod. zur Seite; sie wird auch unterstützt durch den Ausspruch der L. 14. eod., daß Verpfändungen durch denselben Nichteigenthümer nach der Zeitfolge sich ordnen, und ist praktisch entschieden die angemessenste, während die neuere Lehre unerträgliche Schwierigkeiten und Unbilligkeiten herbeizuführen geeignet ist, mit welchen „sich die Praxis wohl schwerlich jemals aussöhnen wird." Trotschke in Linde's Ztschr. XVIII. S. 117. Bei solcher Lage der Sache möchte es räthlicher gewesen seyn, es bei der bisherigen Praxis bewenden zu lassen. Uebereinstimmend damit äußert sich Brinz I. S. 199. fg. 301. 342.

b) Besondere Vorzugsrechte.

§. 385.

α) Privilegirte Pfandrechte.

Manchen Pfandrechten ist durch singulären Rechtssatz der Vorzug vor andern ohne Rücksicht auf die Zeit der Entstehung beigelegt; sie heißen deshalb privilegirte Pfandrechte, während man die nicht bevorzugten einfache Pfandrechte nennt [1]. Privilegirt ist 1) das Pfandrecht des Fiscus wegen rückständiger Steuern [a], sodann auch wegen Contractsforderungen, aber hier nur bezüglich der nach dem Contract erworbenen Güter [b]; 2) das Pfandrecht der Ehefrau wegen ihrer Dos [c], mit der nähern Bestimmung, daß ihre Erben nur, wenn sie ihre Kinder sind, desselben Vorzugs

[a] L. 1. Cod. si propt. pub. pensit. 4. 46. [b] L. 28. D. de iure fisci. 49. 14. cf. L. 3. Cod. de primipilo. 12. 63. [c] L. 12. §. 1. Cod. h. t. 8. 18. Nov. 97. cap. 2...4.

genießen [d]; 3) das Pfandrecht für eine Forderung, welche für Erhaltung, Wiederherstellung oder Anschaffung der verpfändeten Sache contrahirt worden, soweit die Verwendung zu diesem Zweck wirklich stattgefunden hat [e], sog. privilegium wegen in rem versio [2].

Treffen mehrere privilegirte Pfandrechte zusammen, so entscheidet unter ihnen wieder der Vorzug der Zeit. Jedoch hat das Pfandrecht des Fiscus wegen rückständiger Steuern schlechthin den Vorzug vor den übrigen [f], und unter mehreren nach Nr. 3 privilegirten Pfandrechten an derselben Sache bestimmt sich der Vorzug nach dem Antheil, welchen jeder Pfandgläubiger an der Erhaltung und dem jetzigen Bestande der Sache hat [g], so daß darnach gewöhnlich das jüngere dem ältern vorgehen wird [3].

Das Vorzugsrecht der privilegirten Pfandrechte erstreckt seine Kraft nicht so weit, daß dadurch auch die von einem frühern Eigenthümer herrührenden Pfandrechte beeinträchtigt werden könnten [4].

Anm. 1 Vgl. Zimmern, geschichtliche Uebersicht der Pfandprivilegien, in dessen und Neustetels römischrtl. Unters. Abh. Nr. 11. — Ueber unerquickliche Streitfragen bezüglich der einzelnen Pfandprivilegien, die man selbst gern aufopfern möchte, um sich jener zu entledigen, siehe die Litt. bei Vang. §. 386. Anm. 1.

2 Dieses Vorzugsrecht beruht auf einem guten Grunde: „huius enim pecunia salvam fecit totius pignoris causam" (L. 6. D. h. t.). Unbedenklich ist dasselbe dem Verkäufer, der sich für den creditirten Kaufpreis ein Pfandrecht an dem Kaufgegenstande vorbehält, gegenüber andern Gläubigern des Käufers ebensowohl einzuräumen, als nach L. 7. D. u. L. 7. Cod. h. t. dem Darleiher des Kaufpreises. Das Pfandrecht, dem dieser Vorzug zukommt, kann ein gesetzliches seyn (§. 373. Anm. 3. a.), oder ein vertragsmäßiges.

3 Puchta §. 211. not. f. — Gewöhnlich wird dem Dotalpfandrecht schlechthin der Vorzug vor dem wegen in rem versio gegeben. Aber nov. 97. cap. 3. entscheidet nur, daß das Privilegium wegen versio in rem nicht gegen die ältere Hypothek der Ehefrau für die Dos wirken solle, jedoch nach cap. 4. ibid. mit Ausnahme eines nicht mehr praktischen Falles, das Darlehen zum Ankauf einer Militia betreffend. Vang. §. 386. Anm. 2. Puchta §. 211. not. h.

4 Diese Beschränkung der Pfandprivilegien war früher in der Praxis allgemein anerkannt; man gab denjenigen, welche ihr Pfandrecht von einem frühern Eigenthümer ableiteten, ein Separationsrecht ex iure hypothecario gegenüber den Gläubigern des spätern Erwerbers, und nannte sie Pfandseparatisten. Leider ist aber diese der Billigkeit entsprechende Praxis alterirt worden durch Thibaut

d Nov. 91. praef. cap. 1. e L. 3. §. 1. L. 5. 6. 7. pr. L. 21. §. 1. D. h. t. 20. 4. L. 7. Cod. eod. 8. 18. nov. 97. cap. 3. 4. f not. a. g arg. L. 5. 7. pr D. h. t. 20. 4.

civ. Abh. Nr. 13., dem die Theoretiker fast alle beitraten; vgl. Spangenberg im civ. Arch. X. 6. Sie ist jedoch wieder vertheidigt worden von Hepp in Linde's Ztschr. IV. 3. (wogegen Thibaut im civ. Arch. XIV. 10.) und vorzüglich von Wächter im civ. Arch. XIV. 15., der nur darin zu weit gehen möchte, daß er auch dem Pfandrecht für Erhaltung oder Herstellung der Sache den Vorzug abspricht. Vgl. Brinz I. S. 345. Andere nehmen noch jetzt die entgegengesetzte Regel an, nur mit der jedenfalls unerläßlichen Ausnahme, daß das Pfandprivilegium wegen Anschaffung der Sache gegen die Pfandrechte aus der Zeit des früheren Eigenthümers zurückstehe. Vang. §. 385. — Streitig ist noch insbesondere, ob das vom bisherigen Eigenthümer vorbehaltene Pfandrecht vor den vom Erwerber eingeräumten den Vorzug habe? was auch im Verhältniß zu nichtprivilegirten Pfandrechten von Wichtigkeit wäre. Manche läugnen es, weil sie einen solchen Vorbehalt im eigentlichen Sinne, so daß das Eigenthum nur mit dem Pfandrecht bestrickt auf den neuen Erwerber überginge, überhaupt für unmöglich halten; Büchel Erörter. I. 2. S. 73. fg. Vang. §. 385. a. E.; arg. L. 1. §. 4. L. 2. D. de reb. eor. 27. 9.; aber ohne genügenden Grund: Lang im civ. Arch. XXVIII. S. 382. vgl. Bachofen, auserwählte Lehren S. 143.

§. 386.

β) Vorzug der öffentlichen Pfandrechte.

Ein Pfandrecht, dessen Entstehung durch eine öffentliche oder eine von drei achtbaren und unbescholtenen Zeugen unterschriebene Urkunde dargethan wird, d. i. ein sogenanntes pignus publicum oder quasi publicum, soll vor andern mit geringerer Glaubwürdigkeit versehenen Pfandrechten ohne Rücksicht auf sonstige Prioritätsgründe den Vorzug haben.

Anm. Dieser Vorzug beruht auf einer Constitution von Leo, L. 11. Cod. qui pot. 8. 18. Scripturas, quae saepe assolent a quibusdam secrete fieri, intervenientibus amicis necne, transigendi vel paciscendi seu foenerandi vel societatis coeundae gratia, seu de aliis quibuscunque causis vel contractibus conficiuntur, quae idiochira graece appellantur, sive tota series earum manu contrahentium vel notarii aut alterius cuiuslibet scripta fuerit, ipsorum tamen habeant subscriptiones, sive testibus adhibitis sive non, licet conditionales sint, quos vulgo tabularios appellant, sive non, quasi publice scriptas, si personalii actio exerceatur, suum robur habere decernimus. Sin autem ius pignoris vel hypothecae ex huiusmodi instrumentis vindicare quis sibi contenderit, eum, qui instrumentis publice confectis nititur, praeponi decernimus, etiamsi posterior is contineatur, nisi forte probatae atque integrae opinionis trium vel amplius virorum subscriptiones eisdem idiochiris contineantur; tunc enim quasi publice confecta accipiuntur. Der Keim eines guten legislativen Gedankens, der in diesem Gesetz liegt, ist in eine Saat von Controversen aufgegangen. Streitig: a) ob das Gesetz nur den Beweis des Datums der Pfandrechte durch Privaturkunden beschränke? Vang. §. 387. Glück XVIII.

S. 292.; oder vielmehr ein wirkliches Vorzugsrecht öffentlicher Pfandrechte begründe? was die herrschende Meinung ist; sodann b) ob dasselbe auch dem nichtprivilegirten öffentlichen Pfandrechte vor dem privilegirten Privatpfandrecht den Vorzug gebe? Puchta §. 212.; oder nur bei der Collision von einfachen oder gleichprivilegirten Pfandrechten zur Anwendung komme? Thibaut civ. Abh. S. 124. fg. Seuffert §. 218.; c) ob das Gesetz sich nur auf die Collision vertragsmäßiger Pfandrechte untereinander beziehe? Puchta Vorles. §. 212. Mühlenbruch §. 306.; und insbesondere nur solcher, deren Bestellung schriftlich geschehen? Seuffert §. 218.; oder ob der Vorzug des pignus publicum auch bei der Collision mit andern, namentlich mit gesetzlichen Pfandrechten stattfinde? Löhr im civ. Arch. VI. 6. XII. 9. Dagegen Francke Beitr. Nr. 5.

§. 387.

2) Recht des vorgehenden Pfandgläubigers.

Der vorgehende Pfandgläubiger kann das Pfandrecht seinem ganzen Inhalt nach ungehindert ausüben; er kann die Pfandklage wie gegen jeden andern, so auch gegen alle nachstehenden Pfandgläubiger mit Erfolg anstellen und deren Pfandklage durch die Einrede des bessern Pfandrechts ausschließen [a]. Er kann auch den Verkauf des Pfandes seinem Interesse gemäß, ohne Rücksicht auf die nachfolgenden Gläubiger, mit vollem Erfolg vornehmen oder veranlassen [b], und dadurch selbst die Aufhebung der übrigen Pfandrechte an der Sache herbeiführen [c]. Dieses Recht der Priorität geht durch Uebertragung des Pfandrechts (§. 374.) auch auf denjenigen über, der in die Stelle des ersten Pfandgläubigers einrückt.

Anm. Hat ein Pfandgläubiger einem andern gegenüber durch rechtskräftiges Urtheil die Priorität erstritten, so bewirkt dies in seinem Verhältniß zu einem dritten Pfandgläubiger keine Aenderung. L. 16. D. quib. pot. 20. 4. Claudius Felix eundem fundum tribus obligaverat, Eutychianae primum, deinde Turboni, tertio loco alii creditori. Quum Eutychiana de iure suo doceret, superata apud iudicem a tertio creditore non provocaverat, Turbo apud alium iudicem victus appellaverat: quaerebatur, utrum tertius creditor etiam Turbonem superare deberet, qui primam creditricem (Hal. *primam conditione expulerat*), an ea remota Turbo tertium excluderet? Plane quum tertius creditor primum de sua pecunia dimisit, in locum eius substituitur in ea quantitate, quam superiori exsolvit; fuerunt igitur, qui dicerent, hic quoque tertium creditorem potiorem esse debere: mihi nequaquam hoc iustum esse videbatur. Pone, primam creditricem iudicio convenisse tertium creditorem, et exceptione aliove quo modo a tertio

[a] L. 12. pr. D. qui pot. 40. 4. [b] L. 8. Cod. qui pot. 8. 18. L. 1. Cod. cred. evict. 8. 46. L. 3. Cod. si antiquior. 8. 20. [c] L. 1. Cod. l. c.

superatam: numquid adversus Turbonem, qui secundo loco crediderat, tertius creditor, qui primam vicit, exceptione rei iudicatae uti potest? aut contra: si post primum iudicium, in quo prima creditrix superata est a tertio creditore, secundus creditor tertium (Vulg. *a tertio*, vielleicht *adversus tertium*) obtinuerat, poterit uti exceptione rei iudicatae adversus primam creditricem? Nullo modo, ut opinor. Igitur nec tertius creditor successit in eius locum, quem exclusit, nec inter alios res iudicata alii prodesse aut nocere solet, sed sine praeiudicio prioris sententiae totum ius alii creditori integrum relinquitur. Man will diese Stelle blos von dem Falle verstehen, wenn der Dritte als Verklagter ein obsiegliches Urtheil erhalten hat, das als blos absolvirend ihn nicht befuge, die Sache von dem ersten abzuholen; hätte er als Kläger gesiegt, so müsse er in des ersten Stelle einrücken. Vang. §. 377. Dabei ist übersehen, daß ja auch im ersten Falle, wenn der Dritte als Beklagter seine Priorität behauptete, über diese res iudicata gegeben seyn würde, derselbe also allerdings die Sache von dem ersten abholen könnte, indem er dessen Einrede der Priorität durch replicatio rei iudicatae beseitigt. arg. L. 19. D. de except. rei iud. 44. 2. Der „circulus inextricabilis“, der hieraus entsteht, kann übrigens dadurch beseitigt werden, daß der Dritte den zweiten nach §. 388. abfindet. Bachofen I. S. 517. fg. (Unbegreiflich ist nur, wie dieser Gelehrte S. 517. Anm. 1. behaupten mag, und durch L. 19. cit. beweisen will, daß, wenn der spätere Gläubiger Beklagter gewesen sey, ihm gegen den wieder zum Besitze gelangten abgewiesenen Kläger keine replicatio rei iudicatae zur Seite stehe. Dies steht zudem mit seiner folgenden Erklärung der L. 16. cit. im Widerspruch.) Vgl. jetzt noch Pfeiffer im civ. Arch. XXXVIII. S. 350. fg. Brinz I. S. 347. fg.

§. 388.

3) Recht des nachstehenden Pfandgläubigers.

Der nachstehende Pfandgläubiger hat nicht blos ein bedingtes, sondern ein gegenwärtiges Recht[1], das er dritten Personen gegenüber jederzeit geltend machen kann[a]. Aber gegen den vorgehenden Pfandgläubiger ist sein Recht an der Sache unwirksam[b]; es wird erst vollkommen wirksam, wenn dieser abgefunden ist[c]. Er kann nicht mit Erfolg gegen diesen, wohl aber dieser gegen ihn die Pfandklage anstellen[d]. Er ist einstweilen auch nicht befugt[2], die Sache zu verkaufen[e]; dem Käufer könnte die Sache durch den vorgehenden Pfandgläubiger mit der Pfandklage wieder entzogen[i] und jener dafür haftbar werden[g]; ja, er könnte wegen des Verkaufes nach Umständen selbst als Entwender oder als ein solcher,

[a] L. 12. pr. §. 7. D. qui pot. 20. 4. [b] L. 12. §. 7. eod. [c] L. 1. Cod. qui pot. 8. 18. L. 9. §. 3. D. eod. 20. 4. [d] L. 12. pr. cit. [e] L. 8. Cod. qui pot. 8. 18. [f] L. 1. D. de distract. pign. 20. 5. cf. L. 34. §. 2. L. 35. D. de eviction. 21. 2. [g] L. 1. Cod. cred. evict. 8. 46.

qui dolo malo possidere desiit, vom bessern Pfandgläubiger in Anspruch genommen werden [h]. Allein er ist 1) berechtigt, wenn der vorgehende Pfandgläubiger die Sache zum Verkaufe bringt, Herausgabe der nach Bezahlung der Pfandforderung desselben erübrigenden Summe des Kaufpreises (hyperocha) zu verlangen [i]. Er kann 2) nicht nur als Beklagter, wie jeder Besitzer, die Pfandklage des vorgehenden Gläubigers durch Anerbieten der Zahlung von sich abwenden [k], sondern auch sonst den vorgehenden Pfandgläubiger durch vollständige Zahlung seiner Pfandforderung [l], nöthigenfalls durch Deposition der Zahlung [m], ohne Rücksicht auf solche Forderungen, wegen deren derselbe blos ein Retentionsrecht hat [n], abfinden und dadurch ohneweiters in dessen Forderung und Pfandrecht gleichwie durch Cession eintreten, in locum eius succedere [o], um dann nach seinem Interesse den Verkauf vorzunehmen oder zu verschieben [p]. Darin besteht das ius offerendi des nachstehenden Pfandgläubigers [3]. Der dritte, vierte Gläubiger u. s. w. kann dieses Recht gegen alle vorgehenden ausüben und dadurch sein ursprüngliches Pfandrecht der Collision mit jenen entziehen. Es findet auch noch statt gegen den Pfandgläubiger oder Bürgen, welchem der Pfandschuld wegen das Pfand kaufweise oder an Zahlungsstatt überlassen ist [r], nicht auch sonst gegen denjenigen, welchem durch rechtmäßigen Verkauf des vorgehenden Pfandgläubigers, die Sache zugekommen ist [s]. 3) Der nachstehende Pfandgläubiger, dem eine Sache speciell verpfändet ist, kann der auf eine generelle Verpfändung gegründeten Pfandklage des vorgehenden Gläubigers die sog. exceptio excussionis realis entgegensetzen [t].

Anm. [1] Gegen die abweichende, hauptsächlich durch L. 9. §. 3. D. qui pot. veranlaßte, Ansicht von Gesterding S. 107. fg. 244. fg. vgl. Bachofen S. 485. fg.

[2] Besonderes gilt, wenn eine bereits verpfändete Sache iudicati causa zu Pfand genommen ist. L. 15. §. 5. D. de re iud. 42. 1. — Daß auch der nachstehende Pfandgläubiger regelmäßig die Verkaufsbefugniß habe, wird behauptet

[h] L. 1. D. cit. cf. L. 16. §. 3. D. de pignor. 20. 1. [i] L. 12. §. 5. in f. D. qui pot. 20. 4. cf. L. 96. §. 3. D. de solut. 46. 3. [k] §. 378. not. k. l. cf. L. 11. §. 4. D. qui pot. [l] L. 20. D. eod. L. 5. Cod. eod. [m] L. 1. Cod. eod. [n] L. 1. in. f. Cod. etiam ob chirograph. 8. 27. (§. 377.). [o] L. 12. §. 6. 9. L. 16. D. eod. L. 22. Cod. de pign. 8. 14. L. 4. Cod. de his qui in prior. 8. 19. [p] L. 5. pr. D. de distr. pign. 20. 5. L. 8. Cod. eod. [q] arg. L. 16. D. qui pot. 20. 4. L. 5. §. 1. D. de distr. pig. 20. 5. [r] L. 2. D. i. c. L. 1. Cod. si antiquior. 8. 20. [s] L. 5. D. l. c. [t] L. 2. Cod. de pignor. 8. 14. cf. §. 378. Anm. 4.

von Bopp in Linde's Ztschr. III. 12. im civ. Arch. XV. S. 350. fg. (dagegen Löhr im civ. Arch. XIV. 7. Sintenis Hdb. S. 653. fg.); in anderer Art von Bachofen S. 487. fg. (dagegen Keller in d. krit. Jahrb. XI. S. 1010.).

[2] Streitig ist, ob auch der vorgehende Pfandgläubiger gegen den nachstehenden das ius offerendi habe? arg. Pauli sentt. II. 13. §. 8. Novissimus creditor priorem oblata pecunia, quo possessio in eum transferatur, dimittere potest. Sed et prior creditor secundum creditorem, si voluerit, dimittere non prohibetur, quamquam ipse in pignore potior sit. Vang. §. 377. Anm. 1.

VI. Endigung des Pfandrechts [a].

A. Aus Gründen allgemeiner Art.

§. 389.

Das Pfandrecht muß 1) als dingliches Recht aus denjenigen Gründen erlöschen, welche überhaupt den Verlust dinglicher Rechte bewirken [b]; es muß 2) als Recht an einer fremden Sache aufhören durch Confusio, d. i. dadurch, daß sich Pfandrecht und Eigenthum der verpfändeten Sache in einer Person vereinigen [c]. Nach der Natur der Sache versteht sich von selbst, daß eine Sache, die dem Gläubiger selbst gehört, diesem nicht den Zweck des Pfandrechts erfüllen kann. Insofern jedoch das Pfandrecht im Verhältniß zu andern nachstehenden Pfandgläubigern Vortheile gewährt, welche das Eigenthum nicht gibt, ist es vollkommen angemessen, dem bisherigen Pfandgläubiger diese auch nach dem Eigenthumserwerbe noch zu erhalten, und so das unbillige Ergebniß abzuwenden, daß er, ohne für seine Forderung befriedigt zu seyn, durch den Eigenthumserwerb des Vorzugs vor andern Pfandgläubigern und in Folge davon wieder des erworbenen Eigenthums verlustig werde [d].

Anm. In dem Fall der not. d. fordert die Billigkeit 1) daß dem Eigenthümer gegen die hypothecaria actio der nachstehenden Pfandgläubiger eine Einrede gegeben werde, gegründet auf das ihm zugestandene bessere Pfandrecht, nach L. 12. pr. D. qui pot.; 2) daß ihm gegen diese auch, wenn sie im Besitze, eine wirksame Klage zukomme. Dazu könnte die rei vindicatio dienen mit doli replicatio gegen die Einrede des Pfandrechts. Allein die Formel der hypothecaria actio war so beschaffen, daß auch diese noch buchstäblich paßte, und so erklärte man zu jenem Zweck diese noch für zulässig, trotzdem, daß das

[a] Dig quibus modis pignus vel hypotheca solvitur. 20. 6. [b] §. 127. 128. cf. α) L. 8. pr. D. h. t. L. 18. §. 3. D. de pign. act. 13. 7. L. 1. Cod. si pign. pignori. 8. 24. β) L. 3. D. h. t. [c] L. 20. §. 3. L. 29. D. de pign. act. 13. 7. L. 30. in f. D. de except. rei iud. 44. 2. cf. L. 33. §. 5. D. de usucap. 41. 3. L 45. D. de R. J. cf. §. 194. not. c. [d] L. 30. §. 1. cit. cf. L. 1. Cod. si antiquior. 8. 20. §. 374. not. e. h.

Pfandrecht durch Confusio erloschen sey. Dies sagt die L. 30. §. 1. D. de except. rei iud. (Paul. lib. XIV. quaest.) Latinus Largus: Cum de hereditate inter Maevium, ad quem pertinebat, et Titium, qui controversiam moverat, transigeretur, traditio rerum hereditariarum Maevio heredi a Titio facta est: in qua traditione etiam fundum ei suum proprium, quem ante multos annos avo eiusdem Maevii heredis obligaverat, quemque alii postea in obligationem deduxerat, ex causa pacti tradidit; his gestis posterior Titii creditor ius suum persecutus est et obtinuit; post hoc iudicium Maevius heres reperit in rebus avitis chirographum eiusdem Titii ante multos annos conscriptum, per quod apparuit, eum fundum, qui in causam transactionis venerat, etiam avo suo ab eodem Titio fuisse obligatum. Quum ergo constet, prius avo Maevii heredis in obligationem eum fundum datum, de quo Maevius superatus est, quaero, an ius avi sui, quod tunc, quum de eodem fundo ageretur, ignorabat, nulla exceptione opposita exsequi possit? Respondi: Si de proprietate fundi litigatum et secundum actorem pronuntiatum fuisset (Flor. *fuisse*), diceremus, petenti ei, qui in priore iudicio victus est, obstituram rei iudicatae exceptionem, quoniam de eius quoque iure quaesitum videtur, quum actor petitionem implet. Quodsi possessor absolutus amissa possessione eundem ab eodem, qui prius non obtinuit, peteret, non obesset ei exceptio; nihil enim in suo *(illo?)* iudicio de iure eius statutum videretur. Quum autem pignoratitia actum est adversus priorem creditorem, potest fieri, ut de iure possessoris non sit quaesitum, quia non, ut in proprietatis quaestione, quod meum est, alterius non est, ita in obligatione utique consequens est, ut non sit alii obligatum, quod hic probavit sibi teneri: et probabilius dicitur, non obstare exceptionem, quoniam de iure possessoris quaesitum non est, sed de sola obligatione. In proposita autem quaestione magis me illud movet, numquid pignoris ius extinctum sit dominio adquisito? neque enim potest pignus perseverare domino constituto creditore. Actio tamen pignoratitia competit; verum est enim, et pignori datum et satisfactnm non esse. Quare puto, non obstare rei iudicatae exceptionem. Cf. Basil. LI. 2 cap. 27. (ed. Heimb. V. pag. 91.): *ἐπὶ δὲ τοῦ προκειμένου θέματος περιποιηθείσης μοι τῆς δεσποτείας τοῦ ἀγροῦ, ἡ μὲν ὑποθήκη λύεται, ἡ δὲ περὶ τῆς ὑποθήκης ἀγωγὴ σώζεται, ἐπειδὴ καὶ τὸ ἐνέχυρον ἐδόθη καὶ τὸ χρέος οὐ κατεβλήθη.* — An diese Stelle vorzüglich knüpft sich die lebhafte Streitfrage: inwiefern Jemand an eigener Sache ein Pfandrecht haben könne? S. die Litt. bei Sintenis Pfandr. §. 17. Bachofen I. S. 84. fg. und dazu Keller in d. krit. Jahrb. S. 989...996. Viele nehmen an, daß diese theilweise Fortwirkung des bessern Pfandrechts nur stattfinde, wenn der Gläubiger, unbekannt mit seinem Pfandrechte oder mit der Existenz nachfolgender Pfandrechte, das Eigenthum erworben habe, z. B. Francke Abh. Nr. 2. Sintenis S. 113. Vang. §. 392. Puchta Vorles. §. 202. Die von Francke dafür angeführte L. 9. pr. D. h. t. gehört aber gar nicht hieher (§. 390. Anm. 1.). In L. 30. §. 1. cit. wird die Unbekanntschaft mit dem Pfandrecht „tunc, quum de eodem fundo ageretur" nur hervorgehoben,

weil daraus hervorging, daß de eo iure quaesitum non erat. In der Sache selbst liegt kein Grund für diese Beschränkung. Auch erhält L. 1. Cod. 8. 20. dem Gläubiger, welcher die Pfandsache kauft, den Schutz der Priorität gegen die hypothecaria actio des nachstehenden Pfandgläubigers, ohne eine solche Beschränkung anzudeuten (§. 392. Anm. 1.). Die Annahme des „monstrosen Begriffs eines Pfandrechts an der eigenen Sache" (Puchta §. 202. not. l.) ist weniger tadelnswerth als die aus bloßer logischer Consequenzmacherei hervorgehende Verkennung oder willkürliche Beschränkung eines praktisch angemessenen und dem wahren Rechte ganz entsprechenden, darum wahrhaft consequenten Rechtssatzes. Vgl. auch Rudorff zu Puchta's Vorles. §. 202. a. E. Brinz I. S. 303.

§. 390.

Das Pfandrecht hat noch andere Erlöschungsgründe mit andern Rechten gemein, wenn gleich zum Theil besonders bestimmt. Dahin gehört 1) der Verzicht, remissio pignoris [a], der auch stillschweigend erklärt werden kann, z. B. durch Rückgabe des Pfandes oder der Pfandverschreibung [b], oder durch erklärte vorbehaltlose Einwilligung zur Veräußerung [c] des Pfandes [1], unter Umständen durch bloßes Stillschweigen dazu [d], oder durch Einwilligung zu weiterer Verpfändung, wenn nicht bloß dem neuen Pfandrecht die Priorität eingeräumt werden soll [e]; 2) Ablauf der Zeit, für welche das Pfandrecht bestellt war [f]; 3) Verjährung nach folgenden Bestimmungen: a) wer die verpfändete Sache zu Eigenthum oder auf eine zur ordentlichen Ersitzung genügende Weise, nicht als Erbe des Verpfänders, erworben hat und bezüglich des darauf haftenden Pfandrechts in gutem Glauben ist, erlangt durch zehn- oder zwanzigjährigen Besitz, je nachdem er mit dem Pfandgläubiger in derselben Provinz wohnt oder nicht [g], die Befreiung vom Pfandrecht [h]; b) dieselbe Folge hat der zur außerordentlichen Ersitzung geeignete Besitz von 30 oder 40 Jahren [i], unter der gleichen Voraussetzung, daß der Besitzer das Pfandrecht nicht kannte [2]; c) die Pfandklage verjährt zudem gegen den Pfandschuldner selbst und dessen Erben in vierzig Jahren; gegen den

[a] L. 8. §. 1...18. D. h. t. 20. 6. Cod. de remissione pignoris. 8. 26. [b] L. 7. Cod. h. t. 8. 26. [c] L. 4. §. 1. L. 8. §. 6...15. D. h. t. L. 158. D. de R. J. L. 2. 11. Cod. l. c. [d] L. 1. 6. 8. Cod. eod. [e] L. 9. §. 1. L. 12. pr. D. h. t. L. 12. §. 4. D. qui pot. 20. 4. [f] L. 6. pr. D. h. t. [g] L. 12. Cod. de praescript. l. t. 7. 33. [h] Cod. si adversus creditorem praescriptio opponatur. 7. 36. L. 5. §. 1. L. 12. D. de div. temp. 44. 3. L. 7. 14. Cod. de O. et A. 4. 10. L. 19. Cod. de evict. 8. 45. L. 8. pr. Cod. de praescript. 30. vel 40. ann. 7. 39. cf. L. 44. §. 5. D. de usucap. 41. 3. L. 1. §. 2. D. de pignor. 20. 1. L. 7. Cod. de pign. 8. 14. §. 157. Anm. 6. [i] L. 8. §. 1. Cod. l. c.

nachstehenden Pfandgläubiger, wie umgekehrt das ius offerendi des letzten gegen den vorgehenden, bei Lebzeiten des Pfandschuldners ebenfalls in 40 Jahren, vom Tode desselben an, wenn auf Einrechnung der bereits verflossenen Verjährungszeit verzichtet wird, in 30 Jahren; gegen andere Besitzer regelmäßig ebenfalls in 30 Jahren[k]; doch ist die heutige Anwendung dieser Bestimmungen durch das canonische Recht (§. 109.) sehr alterirt worden[3].

Anm. [1] Einen Fall dieser Art enthält L. 9. pr. D. h. t. Titius Sempronio fundum pignori dedit, et eundem fundum postea Gaio Seio pignori dedit, atque ita idem Titius Sempronio et Gaio Seio fundum eundem in assem vendidit, quibus pignori ante dederat in solidum singulis. Quaero, an venditione interposita ius pignoris extinctum sit, ac per hoc solum ius emtionis apud ambos permanserit? Modestinus respondit, dominium ad eos, de quibus quaeritur, emtionis iure pertinere; quum consensum mutuo venditioni dedisse proponantur, invicem pignoratitiam actionem eos non habere. Der Grund der Erlöschung beider Pfandrechte liegt hier nicht in der Confusio (§. 389.), obgleich auch diese pro parte eingetreten, sondern in der durch den gemeinschaftlichen Kauf beiderseits erklärten Einwilligung zur Veräußerung; hätte noch ein dritter ein schlechteres Pfandrecht an derselben Sache, so stände die Stelle der Möglichkeit der pignoratitia actio gegen diesen nach §. 389. Anm. nicht im Wege; nur *invicem* pignoratitiam actionem non habent.

[2] Vgl. Schmitthenner über die Ersitzung der Pfandfreiheit in Schäffer's Arch. für pract. Rtsw. I. 6. Verwerflich ist die Meinung, daß die Eigenthumsersitzung, wenigstens die unbeweglicher Sachen, an sich die Erlöschung des Pfandrechts mit sich bringe (z. Mühlenbruch §. 257. not. 10. §. 264. not. 2.), so wie die, daß der langjährige Besitz nur eine Verjährung der Pfandklage bewirke (z. B. Seuffert §. 221.) Die Ersitzung der Pfandfreiheit hat ihre eigenen Voraussetzungen und kann ohne die Eigenthumsersitzung, sowie diese ohne jene eintreten, zweifelhaft jedoch, ob sie auch früher als die Eigenthumsersitzung zu Gunsten des noch nicht Eigenthümer gewordenen redlichen Erwerbers vollendet werden könne, was Schmitthenner S. 107. (wohl mit Unrecht) verneint.

[3] Unbedenklich ist, bei fortdauerndem guten Glauben die heutige Anwendung von a) und b), desgleichen nach c) die Verjährung unter Pfandgläubigern. Für unmöglich erklären manche jetzt die Verjährung der Pfandklage gegen den Verpfänder selbst und dessen Erben; aber, wenn man auch das Erforderniß der bona fides auf alle Klagen oder doch auf alle dinglichen Klagen ausdehnt (§. 109. Anm. b...d.), so kann ja der Erbe des Verpfänders und dieser selbst den Besitz der Sache in dem guten Glauben, daß das Pfandrecht getilgt sey, erlangen oder wieder erlangen, und so 40 Jahre lang besitzen. — Uebrigens läßt L. 7. §. 1. Cod. 7. 39. dem Zweifel Raum, ob sie nur auf den Schuldner, der zugleich der Verpfänder ist, zu beziehen sey? oder auch auf den Schuldner, der dies nicht ist? oder auf den Verpfänder, wenn er auch nicht der Schuldner ist? Gewöhnlich

[k] L. 7. pr... § 3. Cod. l. c. cf. L. 3. eod.

wird in pfandrechtlichen Erörterungen unter dem debitor zugleich der Verpfänder gedacht.

B. Aus besondern pfandrechtlichen Gründen.

§. 391.

1) Tilgung der Pfandforderung.

Das Pfandrecht muß seiner Natur nach erlöschen, wenn der Zweck, dem es dienen soll, weggefallen ist, d. h., wenn die Forderung, zu deren Sicherung es gegeben ist, ihrem ganzen Inhalte nach [a] völlig getilgt ist [b], auch wenn diese Wirkung nur per exceptionem stattfindet [c]. Wenn aber trotzdem, daß die Forderungsklage ipso iure oder per exceptionem aufgehoben worden, noch ein Rechtsanspruch des Gläubigers bestehen bleibt, so bleibt auch das Pfandrecht noch bis zu dessen Befriedigung bestehen [d].

Anm. L. 2. Cod. h. t. Intelligere debes, vincula pignoris durare, personali actione submota. L. 14. §. 1. D. 20. 1. Ex quibus causis naturalis obligatio consistit, pignus perseverare constitit. Einen besondern Fall dieser Art enthält L. 59. pr. D. 36. 1. (Paul. lib. 4. quaest.) Debitor sub pignore creditorem heredem instituit eumque rogavit restituere hereditatem filiae suae (id est, testatoris); cum nollet adire ut suspectam, coactus iussu praetoris adiit et restituit; cum emtorem pignoris non inveniret, desiderabat permitti sibi, iure dominii id possidere. Respondi: Aditione quidem hereditatis confusa obligatio est: videamus autem, ne et pignus liberatum sit sublata naturali obligatione. Atquin sive possidet creditor actor idemque heres rem, sive non possidet, videamus de effectu rei. Et si possidet, nulla actione a fideicommissario conveniri potest, neque pignoratitia, quoniam hereditaria est actio, neque fideicommissum, quasi minus restituerit, recte petetur, quod eveniret, si nullum pignus intercessisset; possidet enim eam rem quasi creditor. Sed et si fideicommissarius rem teneat, et hic Serviana actio tenebit; verum est enim, non esse solutam pecuniam, quemadmodum dicimus, cum amissa est actio propter exceptionem. Igitur non tantum retentio, sed etiam petitio pignoris nomine competit et solutum non repetetur. Remanet ergo propter pignus naturalis obligatio. Vgl. darüber Francke Abh. S. 86. fg. Büchel Erörter. I. S. 49. fg. — Die römischen Juristen argumentirten aus den Worten der Formula der Pfandklage: *eamque pecuniam neque solutam neque eo nomine satisfactum esse, neque per A. A. stare, quominus solvatur (satisve*

[a] L. 19. D. de pignor. 20. 1. L. 2. Cod. deb. vend. pign. 8. 29. L. 1. Cod. de luitione pignoris. 8. 31. cf. §. 369. [b] L. 6. pr. D. h. t. 20. 6.. L. 11. §. 1. 5. D. de pign. act. 13. 7. L. 3. Cod. h. t. 8. 31. L. 43. D. de solut. 46. 3. cf. §. 357. Anm 3 [c] L. 5 pr. L. 13. D. h. t. 20. 6. cf. L. 5. §. 3. eod. [d] L. 2. Cod. h. t. 8. 31. L. 14. §. 1. D. de pignor. 20. 1. cf. L. 59. pr. D. ad Sc. Trebell. 36. 1. L. 38. §. 5. D. de solut. 46. 3. (cf. §. 357. Anm 1.) L. 13. §. 4. L. 27. D. de pignor. 20. 1. (cf. L. 29. D. de novat. 46. 2.).

fiat) (vgl. §. 378. Anm. 1.), indem sie unter die Worte *satisfactum esse* die verschiedenartigsten Tilgungsgründe der Forderung und des Pfandrechts subsumirten (not. b. d.). Wo nun ein Rechtsanspruch des Gläubigers noch anerkannt werden mußte, da erklärten sie, *quia neque solutum neque satisfactum est,* die hypothecaria actio noch ohneweiters für anwendbar, wenn gleich die Forderungsklage nicht mehr oder wie im Falle der L. 59. cit. nur mittels einer Restitution noch stattfand. Dies war die formelle Weise, dem materiell anzuerkennenden Rechte Geltung zu verschaffen. Es ist ungegründet, wenn man daraus das Princip ableitet: daß die Pfandklage überall da noch fortdaure, „wo ohne Befriedigung des Gläubigers die Erlöschung der Forderung durch einen außer dem Willen des Gläubigers, also in rechtlicher Nothwendigkeit liegenden Umstand herbeigeführt wurde." Büchel Erörter. I. S. 50. Darnach würde z. B. auch in den Fällen der §. 274. 277. not. a...c. die Fortdauer des Pfandrechts zu behaupten seyn; vgl. §. 357. Anm. 3. a. E.

§. 392.

2) Verkauf des Pfandes.

Das Pfandrecht hört endlich auf, wenn das Pfand seinen Zweck erfüllt hat. Durch den rechtmäßig abgeschlossenen und vollzogenen Verkauf des Pfandes [1] wird nicht nur das Pfandrecht des verkaufenden Pfandgläubigers selbst, sondern auch das aller nachstehenden Pfandgläubiger an dem verkauften Gegenstande aufgehoben [a], während der Verkauf durch den Eigenthümer diese Wirkung nicht hat [b], wenn er auch [c] an den ersten Pfandgläubiger selbst verkauft [2].

Anm. 1 Vgl. Platner im civ. Arch. XXXII. 4. L. 1. Cod. 8. 20. Si vendidisset, qui ante pignus accepit, persecutio tibi hypothecaria superesse non posset. Cum autem debitor ipsi priori creditori eadem pignora in solutum dederit vel vendiderit, non magis tibi persecutio ademta est, quam si alii easdem res debitor vendidisset. Sed ita persequens res obligatas audieris, si, quod eidem possessori propter praecedentis contractus auctoritatem debitum est, obtuleris.

2 Vermöge singulärer Rechtsvorschrift hat auch der Verkauf des Pfandes durch einen andern als den erstberechtigten Pfandgläubiger die Aufhebung der Pfandrechte zur Folge: a) nach §. 127. Anm. 3., wenn der Fiscus oder der Regent eine Sache als pfandfreie verkauft; b) nach L. 22. §. 6...8. Cod. de iure delib. 6. 30., wenn der Erbe, welcher mit dem beneficium inventarii angetreten hat, zur Befriedigung der Erbschaftsgläubiger und Vermächtnißnehmer Sachen der Erbschaft verkauft hat; die beeinträchtigten Pfandgläubiger haben sich hier an die dadurch befriedigten Gläubiger und Legatarien zu halten.

a L. 6. Cod. qui pot. 8. 18. L. 1. Cod. si antiquior. 8. 20. L. 6. 7. Cod. de O. et A. 4. 10. cf. §. 387. 388. b L. 10. Cod. de remiss. pign. 8. 26. c L. 1. Cod. cit.

Viertes Buch.

Von den Familienverhältnissen.

Erstes Capitel.

Von der Ehe.

§. 393.

I. Wesen der Ehe. Entstehung und Ende [a].

Ehe ist die rechtlich anerkannte Verbindung eines Mannes und eines Weibes zu vollkommener Lebensgemeinschaft [b]. Sie ist ihrem Wesen nach ein natürlich-sittliches Verhältniß [1], das nur zugleich eine wichtige juristische Bedeutung hat, und daher auch juristischen Bestimmungen unterliegt. Das römische Recht enthält sich jedoch näherer Bestimmungen über die gegenseitigen Pflichten der Ehegatten, die sich aus dem sittlichen Wesen der Ehe ergeben. Es anerkennt nur diesem entsprechend bestimmte rechtliche Folgen derselben. Die Frau theilt Stand und Wohnort des Gatten [c]. Sie soll dem Manne folgen; dieser hat daher gegen jeden, der sie zurückhält, das interdictum de uxore exhibenda ac ducenda [d].

[a] Inst. de nuptiis. 1. 10. — Dig. de sponsalibus. 23. 1. de ritu nuptiarum. 23. 2. de divortiis et repudiis. 24. 2. — Cod. de sponsalibus et arris sponsalitiis et proxeneticis. 5. 1. de nuptiis. 5. 4. de incestis et inutilibus nuptiis. 5. 5. de interdicto matrimonio inter pupillum et tutorem seu curatorem filiosque eorum. 5. 6. si quacunque praeditus potestate vel ad eum pertinentes ad suppositarum iurisdictione suae adspirare tentaverint nuptias. 5. 7. si nuptiae ex rescripto petantur. 5. 8. de repudiis et iudicio de moribus sublato. 5. 17. de raptu virginum seu viduarum nec non sanctimonialium. 9. 13. [b] L. 1. D. de ritu nupt. 23. 2. §. 1. J. de patr. pot. 1. 9. [c] L. 13. Cod. de dignit. 12. 1. L. 22. §. 1. L. 38. §. 3. D. ad municip. 50. 1. §. 40. not. c. cf. Vat. fragm. §. 104. [d] L. 2. D. de lib. exhib. 43. 30. L. 11. Cod. de nupt. 5. 4.

Der Mann gilt als Beschützer der Frau; er wird daher in Processen als deren vermuthlicher Bevollmächtigter zugelassen [e]. Beleidigungen gegen die Frau berechtigen auch den Mann in eigenem Namen zur Injurienklage [f]. Die Innigkeit des ehelichen Verhältnisses schließt ehrenrührige und Strafklagen unter den Ehegatten aus [g], befreit dieselben vom Zeugniß gegeneinander [h], und begründet unter ihnen die Rechtswohlthat der Competenz [i].

Von erheblicher juristischer Bedeutung sind die Rechtsvorschriften über Eingehung und Endigung der Ehe. Allein in dieser Beziehung ist heutzutage das römische Recht nicht mehr entscheidend; die Lehre davon ist, vom Standpunkt des gemeinen Rechts angesehen, wesentlich eine kirchenrechtliche.

Was dagegen den Einfluß der Ehe in vermögensrechtlicher Beziehung betrifft, so sind die betreffenden Grundsätze des römischen Rechts im Ganzen als noch heutzutage geltendes gemeines Recht anzusehen, wenn gleich gerade in dieser Lehre tiefeingreifende particularrechtliche Abweichungen besonders häufig vorkommen.

Anm. 1 Die Römer definiren: Nuptiae sunt coniunctio maris et feminae, consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio (L. 1. D. h. t. 23. 2.), coniunctio individuam vitae consuetudinem continens (§. 1. J. 1. 10.); cf. can. 3. §. 1. C. 27. qu. 2. Individua vero vitae consuetudo est, talem se in omnibus exhibere viro, qualis ipsa sibi est, et e converso. Die affectio maritalis, das honore pleno diligere, unterscheidet die Ehe von dem bei den Römern auch als erlaubte Geschlechtsverbindung üblichen Concubinat. L 3. §. 1. D. de donat. int. v. et u. 24. 1. L. 31. pr. D. de donat. 39. 5. L. 16. §. 1. D. de his quae ut indign. 34. 9. cf. Dig. de concubinis. 25. 7. Cod. 5. 26.

2 Die Grundsätze des heutigen Rechts über die Voraussetzungen einer gültigen Ehe, deren Eingehung und Auflösung, sind verschieden für die verschiedenen christlichen Confessionen. Die Hauptquellen für das katholische Eherecht sind a) im Decretum Gratiani die causae 27. bis 36., wo jedoch in C. 33. qu. 3. der tractatus de poenitentia eingeschoben ist, b) in den spätern Decretalensammlungen je das 4. Buch, c) Concilii Trident. (sessio 24.) doctrina de sacramento matrimonii can. 1...12., decretum de reformatione matrimonii cap. 1...10. Das protestantische Eherecht hat seine nähere Bestimmung durch Particulargesetzgebung erhalten. Vgl. Walter's Kirchenrecht §. 294...324. Richter's Kirchenrecht §. 248...273.

[e] L. 21. Cod. de procurat. 2. 13. [f] L. 2. D. de iniur. 47. 10. §. 359. not. g. [g] L. 2. Cod. rer. amot. 5. 21. L. 1. in f. Cod. de iure dot. 5. 12. [h] arg. L. 10. pr. D. de grad. 38. 10. [i] L. 20. D. de re iud. 42. 1. §. 225. Anm 2.

II. Einfluß der Ehe auf das Vermögen.

§. 394.

Dem sittlichen Begriff der Ehe [a] entspricht es, daß die Ehegatten auch ihr Vermögen als gemeinschaftliches Gut betrachten. Aber der Ehe ist nicht eine solche mit der Kraft rechtlicher Nothwendigkeit wirkende vermögensrechtliche Folge gegeben. Das römische Recht geht vielmehr davon aus, daß das Vermögen der Ehegatten an sich juristisch getrennt bleibe, die Ehe an und für sich in dem Vermögensstande der Ehegatten eine Aenderung nicht bewirke. Nun gibt es aber ein eigenthümliches Vermögensverhältniß, welches den Zweck erfüllt, dem Manne, als welchem zunächst es obliegt, die Kosten des ehelichen Haushalts zu bestreiten [b], einen Beitrag dazu von der andern Seite auch juristisch zu sichern. Dies ist Dos, Heirathsgut; was die Frau sonst an eigenem Vermögen hat und behält, heißt im Gegensatz davon Paraphernalgut, bona parapherna, d. i. extra dotem. Der Dos entspricht dagegen als eine Vermögensgabe von Seiten des Mannes die donatio propter nuptias. Beide Vermögensverhältnisse entstehen nicht durch die Ehe unmittelbar, sondern durch einen besondern Act, der sich nur auf die Ehe bezieht. Außerdem aber gibt es gewisse vermögensrechtliche Wirkungen, die nach Rechtsvorschrift in Folge der Ehe eintreten.

Anm. Eine neue Bearbeitung dieser Lehre war begonnen von J. Chr. Hasse, das Güterrecht der Ehegatten, Bd. 1. Berlin 1824., ist aber unvollendet geblieben. Keinen Ersatz dafür bietet Tigerström, das R. Dotalrecht. 2 Bde. Berlin 1831. 32. Vgl. noch Heimbach, Art. Brautgabe, im Rtslex. II. S. 398 . . . 464.

A. Die Dos [a].

§. 395.

1) Begriff.

Dos (Heirathsgut, Brautschatz, Brautgabe) ist ein Gut, welches von Seiten der Frau oder für dieselbe von einem Andern dem Vermögen des Mannes eingebracht wird, als ein Capital, durch dessen Genuß demselben für die Dauer der Ehe ein

[a] §. 393. Anm. 1. [b] L. 20. §. 2. L. 46. D. fam. erc. 10. 2. L. 56. §. 1. 2. D. de iure dot. 23. 3. cf. L. 22. §. 8. D. soluto matr. 24. 3. L. 21. §. 1. D. de donat. int. v. et u. 24. 1.

[a] Dig. de iure dotium. 23. 3. Cod. 5. 12.

fortwährender Beitrag zur Bestreitung des ehelichen Haushalts gewährt wird, das aber nach Beendigung der Ehe, wenigstens für gewisse Fälle, wieder zurückzugeben ist. Durch dieses Merkmal unterscheidet sich die Dos von einer Gabe an den Mann, durch welche, wenn auch aus Anlaß der Ehe, dessen Vermögen schlechthin und ohne Vorbehalt vermehrt wird. Dieses wäre eine bloße Schenkung an den Mann, aus Anlaß der Ehe; die Bestellung der Dos ist keine Schenkung [b]. Wesentlich aber ist auch zum Daseyn der Dos eine Vermehrung des Vermögens des Mannes [c], so wie das Bestehen einer Ehe, deren Bedürfniß sie zu dienen bestimmt ist [d].

Anm. L. 76. D. h. t. Si pater mulieris mortis suae causa dotem promiserit, valet promissio. Nam et si in tempus, quo ipse moreretur, promisisset, obligaretur.... Non idem dicendum est in persona mulieris, si mulier mortis suae causa dotem promiserit; quia *nisi matrimonii oneribus serviat, dos nulla est.* cf. L. 20. eod. Julianus scribit, valere talem stipulationem: *cum morieris, dotis nomine tot dari?* quia et pacisci soleant, ne a viva exhibeatur. Quod non esse simile accepi: aliud est enim differe exactionem, aliud ab initio in id tempus stipulari, quo matrimonium futurum non sit.

§. 396.

2) Dotationsverbindlichkeit.

Eine Verbindlichkeit, die Frau mit einem Heirathsgute auszustatten, kann durch Vertrag oder Vermächtniß zu Gunsten derselben begründet seyn [a]. Gesetzlich ist dazu verpflichtet 1) der Vater oder väterliche Großvater [b], im Nothfall 2) auch die Mutter [c], 3) der Verführer einer Jungfrau [d], falls er diese nicht selbst ehelichen kann und will. Die Größe der Verbindlichkeit ist nach billigem Ermessen [e], mit Rücksicht auf den Stand der Ehegatten, und in den beiden ersten Fällen auch auf das eigene Vermögen der Tochter sowie das der Verpflichteten zu bestimmen, nach Analogie der Alimentationsverbindlichkeit (§. 348.). Der Anspruch

[b] L. 21. §. 1. D. de donat. int. v. et u. 24. 1. L. 19. D. de O. et A. 44. 7. [c] L. 7. §. 3. D. h. t. 23. 3. L. 21. §. 4. D. ad municip. 50. 1. cf. L. 47. §. 6. D. de peculio. 15. 1. [d] L. 3. 21. D. h. t. cf. L. 20. 76. eod.

[a] L. 77. §. 9. D. de legat. II. [b] L. 19. D. de ritu nupt. 23. 2. L. 6. D. de collat. 37. 6. L. 7. Cod. de dot. promiss. 5. 11. [c] L. 14. Cod. h. t. 5. 12. cf. L. 19. §. 1. Cod. de haeret. 1. 5. [d] cap. 1. X. de adult. 5. 16. [e] L. 60. 69. §. 4. 5. D. h. t. 23. 3. L. 43. D. de legat. II.

auf Dotation steht der Frau zu, nicht dem Manne; jene kann aber diesem durch Abtretung ihres Anspruchs eine Dos wirklich bestellen, und die Verpflichteten genügen ihrer Verbindlichkeit durch Bestellung einer angemessenen Dos an den Mann.

Anm. [1] Die Dotationspflicht der väterlichen Ascendenten beruht nach not. b. auf der lex Julia de maritandis ordinibus. Vgl. Heinecc. ad leg. Jul. at Pap. Popp. p. 252...254. Eine alte Streitfrage ist es, ob sie auch gegen die emancipirte Tochter bestehe? Sie ist zu bejahen, arg. L. 7. Cod. 5. 11. „omnino paternum esse officium, dotem vel ante nuptias donationem pro sua dare progenie.“ cf. L. 1. §. 10. D. si quid in fraud. patr. 38. 5. nov. 97. cap. 5.

[2] Von der Mutter heißt es (not. c.): Neque mater pro filia dotem dare cogitur, nisi ex magna et probabili causa vel lege specialiter expressa. Es findet sich nur eine causa expressa: Häresie der Mutter, wenn die Tochter rechtgläubig ist; und diese ist unpraktisch.

[3] Manche behaupten auch eine Dotationspflicht der Geschwister mit Ausnahme der uterini, arg. L. 12. §. 3. D. de adm. tut. 26. 7. Sed non dabit (tutor) dotem sorori alio patre natae, etiamsi aliter ea nubere non potuit; nam etsi honeste, ex liberalitate tamen fit, quae servanda arbitrio pupilli est. Das arg. a contrario würde höchstens ergeben, daß die Dotation der soror eodem patre nata non ex tali liberalitate fit, quae arbitrio pupilli servanda est. Vgl. §. 348. Anm. 3. Puchta §. 317. not. d. „durch den Zusatz *alio patre natae* will der Jurist nur erklären, wie es kommen mag, daß der Bruder reich, die Schwester arm ist.“

[4] Dem Verführer gebietet das canonische Recht eigentlich: *et duc et dota;* die Praxis begnügt sich mit dem alternativen: *aut duc aut dota.*

[5] Das Rechtsmittel zur Geltendmachung des gesetzlichen Dotationsanspruchs war nach R. R. eine extraordinaria cognitio (L. 19. D. 23. 2. Hasse S. 347. fg.). Die neuere Terminologie nennt es condictio ex lege. Entschieden unrichtig ist es, darauf die actio ex stipulatu der L. un. Cod. de rei ux. act. 5. 13. anzuwenden (Mühlenbruch §. 324. not. 3. 4.).

[6] Manche halten vor allen die (vermögende) Frau selbst zur Bestellung einer Dos gesetzlich verpflichtet: arg. L. 32. §. 2. D. de cond. indeb. 12. 6. (§. 341. Anm. 2.). Diese Stelle beweist aber das Gegentheil; und auch L. un. §. 1. Cod. de raptu virg. 9. 13. setzt keine solche Verpflichtung fest. Vergl. Puchta §. 317. a. E. „eine Pflicht der Frau, sich zu dotiren, ist eine Absurdität.“ — Ungegründet ist auch die Meinung (Mühlenbruch §. 324. not. 8.), daß die Frau zur Geltendmachung oder Uebertragung ihres gesetzlichen Dotationsanspruchs an den Mann gezwungen werden könne, wenn sie sich diesem nicht dazu verpflichtet hat.

[7] Die pflichtmäßig bestellte Dos heißt in der neueren Terminologie dos necessaria, die freiwillig bestellte dos voluntaria.

3) Bestellung der Dos.

§. 397.

a) Dotalversprechen [a].

Die Bestellung der Dos geschieht durch jeden Act, der das Vermögen des Mannes dotis causa vermehrt. Eine Vermögensmehrung liegt aber schon in dem Erwerb einer Forderung; daher wird durch das dem Manne zu diesem Zweck [b] geleistete Versprechen, promissio dotis [1], eine Dos schon wirklich bestellt [c]. Das Versprechen ist gültig auch ohne nähere Bestimmung des Gegenstandes, bei Dotationspflichtigen (§. 396.) schlechthin nach Maßgabe ihrer Dotationspflicht [d], bei andern Personen [2] als Versprechen nach billigem Ermessen [e]. Das Versprechen begründet für den Mann eine Klage auf Erfüllung, ex stipulatu actio [f], jedoch mit dem Charakter einer bonae fidei actio, zugleich gesichert durch ein gesetzliches Pfandrecht am Vermögen des Verpflichteten [g]. Auf Früchte und Zinsen des versprochenen Gegenstandes erstreckt sich die Klage regelmäßig erst nach Ablauf von zwei Jahren seit Eingehung der Ehe und von diesem Zeitpunkte an [h].

Anm. [1] Ulp. VI. §. 1. Dos aut datur aut dicitur aut promittitur. Die promissio dotis war ein Versprechen in Stipulationsform, die dotis dictio eine bestimmte feierliche Zusage (von Seiten der Frau selbst, ihres Vaters, oder ihres delegirten Schuldners), ohne vorhergehende Frage. Ulp. VI. 2. fragm. Vat. §. 99. 100. Die letzte kam später außer Gebrauch und wurde dagegen selbst das formlose Versprechen der Dos für giltig erklärt. L. 4. Theod. Cod. de dot. 3. 13. L. 6. Just. Cod. h. t. 5. 11. Ad exactionem dotis, quam semel praestari placuit, qualiacunque sufficere verba censemus, etiamsi dictio vel stipulatio (L. 6. cit.: sive scripta fuerint, sive non, etiamsi stipulatio) in pollicitatione rerum dotalium minime fuerit subsecuta. Man hat hiernach behauptet, daß eine bloße Pollicitatio im technischen Sinn (§. 241.) genüge: Puchta §. 415. not. b. Jur. Ztg. für Hannover XIV. 6. Die L. 6. cit. berechtigt dazu nicht; vgl. §. 241. Anm. 1. Man bediente sich hier, wie in andern Stellen (rubr. Cod. h. t. 5. 11. und durch Interpolation für dictio in L. 1. 13. Cod. de iure dot. 5. 12. L. 1. §. 8. D. de dot. collat. 37. 7.) des Wortes pollicitatio in dem allgemeinen Sinn von Versprechen, weil promissio an das Versprechen in Stipulationsform erinnerte. Natürlich

[a] Cod. de dotis promissione et nuda pollicitatione. 5. 11. [b] L. 23. D. h. t. 23. 3. [c] L. 33. 35. 71. D. de iure dot. 23. 3. L. 41. 44. §. 1. D. sol. matr. 24. 3. [d] L. 69. §. 4. D. h. t. 23. 3. [e] L. 3. Cod. h. t. 5. 11. cf. L. 1. eod. [f] L. 5. Cod. h. t. 5. 11. [g] L. un pr. §. 1. Cod. de rei uxor. act. 5. 13. [h] L. 31. §. 2. Cod. de iure dot. 5. 12. cf. §. 208. Anm. 2. b. β.

aber genügt beim formlosen Versprechen auch stillschweigende Acceptation von Seiten des Mannes.

[2] „Nur nicht zum Nachtheil der Frau"? Puchta §. 415. not. f. arg. L. 1. Cod. h. t. Frustra existimas actionem tibi competere, quasi promissa dos tibi nec praestita sit, cum neque species ulla neque quantitas promissa sit, sed hactenus nuptiali instrumento adscriptum: quod ea, quae nubebat, dotem dare promiserit. Dagegen Hasse S. 370. „Von einem Versprechen der Frau selbst kann aber unmöglich ein anderes gelten", als was von dem Versprechen eines Dritten für die Frau L. 3. Cod. eod. ausspricht: Si, quum ea, quae tibi matrimonio copulata est, nuberet, is, cuius meministi, dotem tibi, non addita quantitate, sed, *quodcunque arbitratus fuisset*, pro ea daturum se rite promisit et interpositae stipulationis fidem non exhibet, competentibus actionibus usus ad repromissi emolumentum iure iudiciorum pervenies; videtur enim boni viri arbitratum stipulationi insertum esse. „War aber dagegen ohne alle nähere Bestimmung nur schlechthin eine Dos versprochen, ... so wurde dies als ein in die reine Willkür des Versprechenden gestelltes Angelöbniß betrachtet (arg. L. 1. Cod. cit.) ... wenn nicht schon ohnehin eine im Recht anerkannte Verbindlichkeit, eine Dos zu bestellen, vorhanden war (L. 69. §. 4. D. h. t.)." Vgl. aber Seuffert's Arch. II. 189.

§. 398.

b) Dotis datio.

Geschieht die Bestellung der Dos dadurch, daß der Gegenstand derselben sofort, ohne vorgängiges Versprechen, in das Vermögen des Mannes gebracht wird, so heißt dieses datio dotis. Sie ist unterschieden von der Auszahlung der versprochenen Dos (numeratio dotis), als welche nicht mehr eigentlich Bestellung der Dos, sondern Erfüllung des dieselbe bestellenden Versprechens ist. Aber freilich bildet dann das, was der Mann durch die Erfüllung erhält, das Capital der Dos.

Gegenstand der datio dotis aber, und so auch vorerst einer promissio dotis, kann überhaupt alles seyn, was das Vermögen des Mannes mehrt; namentlich 1) Sachen, d. i. das Eigenthum derselben [a], auch etwa nuda proprietas [b], nach Umständen zunächst blos Usucapionsbesitz [c], und zwar vertretbare oder nicht vertretbare Sachen, die letzten insbesondere mit oder ohne eine Schätzung, aestimatio, welche im Zweifel die Bedeutung hat, daß die Summe der Schätzung den eigentlichen Gegenstand der Dos abgeben solle,

[a] L. 7. §. 3. D. h. t. 23. 3. cf. Gai. II. 63. [b] L. 4. D. eod. L. 17. 18. Cod. eod. 5. 12. [c] L. 6. §. 1. D. eod. cf. Dig. pro dote. 41. 9.

als ob dem Manne dafür die Sachen verkauft seyen (res venditionis gratia aestimatae [d]), obwohl sie auch lediglich die Feststellung ihres gegenwärtigen Werthes bezwecken kann (res taxationis gratia aestimatae [e]); 2) andere dingliche Rechte, iura in re aliena, sey es, daß solche als bestehende Rechte vom Berechtigten dem Manne, so weit dies möglich [1], überlassen oder zu Gunsten desselben als Eigenthümers der Sache aufgegeben, oder daß sie als jetzt erst zu errichtende Rechte vom Eigenthümer der Sache dem Manne eingeräumt werden [f]; 3) Forderungen, es sey gegen dritte Personen [2], durch Cession [g], oder gegen den Mann selbst, durch Schulderlaß [h]. So kann nun auch ein ganzer Vermögensinbegriff, z. B. das ganze Vermögen der Frau, zur Dos gegeben werden, wodurch aber keine Universalsuccession begründet wird [i].

Die Bestellung der Dos geschieht übrigens nach Verschiedenheit des Gegenstandes in der Weise, wie überhaupt das fragliche Recht einem Andern gewährt wird [3]; sie kann auch dadurch geschehen, daß man einen deferirten Vermögenserwerb, z. B. eine Erbschaft, ein Vermächtniß, ablehnt, und dadurch dem Manne zuwendet [k].

Ausdrückliche Erklärung, etwas als Dos zu geben, ist zu deren Bestellung nicht erforderlich, wenn nur diese Absicht klar ist [l]; daher ist denn auch, was der Frau zu ihrer und des neuen Haushalts Einrichtung mitgegeben wird, die sog. Aussteuer oder Ausstattung, im Zweifel als Dos oder als Theil derselben anzusehen [m]. Auch ist stillschweigende Uebertragung einer frühern Dos auf eine andere Ehe möglich [n].

Anm. 1 So der Usufructus nur der Ausübung nach (§. 179. not. m. n.), Emphyteuse und Superficies aber vollständig auch dem Rechte nach. — Bei der Einräumung des Usufructus, in der einen oder andern Weise (not. f.), kann übrigens verabredet werden, daß erst die kraft dessen zu ziehenden Früchte das Capital der Dos bilden sollen, eine Verabredung, die ebenso auch bei Hingabe des Eigenthums vorkommen kann. L. 4. D. de pact. dot. 23. 4. Im Zweifel ist dies nicht anzunehmen. L. 7. §. 2. D. h. t.

d L. 5. 10. Cod. h. t. 5. 12. L. un. §. 9. Cod. de rei uxor. act. 5. 13. L. 14...16. 18. D. h. t. 23. 3. e L. 69. §. 7. D. eod. f L. 7. §. 2. L. 66. 78. eod. L. 57. D. sol. matr. 24. 3. cf. L. 12. §. 2. D. de usufr. 7. 1. g L. 49. D. sol. matr. 24. 3. L. 2. Cod. de O. et A. 4. 10. h L. 41. §. 2. L. 43. pr. §. 1. L. 58. §. 1. D. h. t. 23. 3. i L. 4. Cod. h. t. 5. 12. L. 72. pr. D. h. t. 23. 3. k L. 14. §. 3. de fundo dot. 23. 5. cf. L. 5. §. 5. D. h. t. 23. 3. l L. 23. D. eod. m cf. L. 10. pr. D. eod. n L. 63. 64. eod. L. 19. 66. §. 5. D. sol. matr. 24. 3.

[2] Eine Forderung gegen einen Dritten kann dem Manne auch durch Novation zugewendet werden, indem z. B. die Frau ihren Schuldner dem Manne expromittiren läßt. Da aber hier der Mann erst durch die Expromissio ein Forderungsrecht erlangte, so wird dies als dotis promissio (§. 397.) aufgefaßt. L. 36. 37. 56. pr. 78. §. 5. L. 80. 83. D. h. t. Nach neuerem Recht wird man freilich auch schon das Versprechen des Gläubigers, seinen Schuldner zu delegiren, als gültige Bestellung der Dos ansehen müssen, und wenn der letzte etwa zur Expromissio sich nicht herbeiließe, dem Manne doch das Recht auf Cession beilegen.

[3] Als eine Art von datio dotis ist auch das dem Manne dotis causa gegebene Vermächtniß zu betrachten, wodurch dieser die Vermächtnißklage, nach Umständen auch sofort Eigenthum oder andere dingliche Rechte erhält; es ist verschieden von dem Vermächtniß der Dotation an die Frau (§. 396. not. a.), aber freilich enthält jenes zugleich auch ein solches Vermächtniß zu Gunsten der letzten. L. 48. §. 1. D. h. t. 23. 3. L. 71. §. 3. D. de cond. et dem. 35. 1. cf. L. 69. §. 2. D. de legat. I. Hasse S. 319 . . . 334. (vgl. §. 577.).

§. 399.

c) Zeit der Bestellung.

Die Dos kann sowohl vor als nach Eingehung der Ehe bestellt, und ebenso die einmal bestellte vermehrt werden, auch von der Frau selbst, obgleich Schenkungen unter Ehegatten ungültig sind [a]. Bei der Bestellung vor der Ehe ist aber immer stillschweigende Bedingung, daß diese, und zwar eben diejenige Ehe, für welche die Dos bestimmt war, wirklich erfolge [b]. Erst von da an beginnt das juristische Daseyn der Dos [c]. Aus dem Dotalversprechen kann daher nicht eher geklagt werden [d]; es fällt weg durch Vereitelung der beabsichtigten Ehe [e]; ebenso ist der Schulderlaß in gleichem Falle nichtig [f]. Sachen, die dem Manne bereits gegeben sind, können, wenn die Ehe nicht erfolgt, mit der condictio ob causam datorum zurückgefordert [g], oder, wenn der Uebergang des Eigenthums noch aufgeschoben war, sofort vindicirt werden [h]. Die Uebergabe von Sachen mit aestimatio venditionis gratia ist als bedingter Verkauf (emtio venditio sub conditione, si nuptiae sequantur) zu behandeln, wobei der Mann für die

[a] L. 19. Cod. de donat. ante nupt. 5. 3. cf. §. 395. not. b. [b] L. 68. D. h. t. 23. 3. [c] L. 1. §. 2. 3. D. pro dote. 41. 9. [d] L. 21. D. h. t. 23. 3. [e] L. 21. 22. 41. §. 1. eod. cf. L. 48. pr. eod. L. 36. 37. eod. [f] L. 43. eod. [g] L. 7. §. 1. L. 8. 9. pr. D. de cond. causa data. 12. 4. cf. L. 7. pr. 9. §. 1. L. 10. eod. L. 18. 19. D. de reb. auct. iud. 42. 5. L. 10. D. de sponsal. 23. 1. [h] L. 7. §. 3. L. 9. pr. D. h. t. 23. 3. cf. L. 59. §. 2. eod.

Zwischenzeit die Gefahr der Verschlechterung, nicht die des Untergangs trägt, und welcher ganz rückgängig wird, wenn die Ehe nicht stattfindet [i].

§. 400.

d) Nebenberedungen.

Bei Bestellung der Dos sind, wie bei andern Rechtsgeschäften, verschiedene Nebenbestimmungen möglich und können auch nachher noch besondere Verabredungen darüber getroffen werden [a]. Insbesondere kann der freiwillige Besteller der Dos vor oder bei der Bestellung beliebige Bestimmungen treffen (rei suae legem dicere), namentlich den Rückfall für sich selbst, seine Kinder oder Erben vorbehalten, oder die Rückgabe an einen Dritten versprechen lassen, auch dem Manne größere Vortheile einräumen, als ihm der Regel nach zustehen [b]. Allein:

1) wenn bestimmt würde, daß der Mann und dessen Erben unter allen Umständen die Dos behalten sollen, so würde in der That eine solche gar nicht vorhanden seyn [c].

2) Ist die Dos einmal bestellt, wenn auch nur durch Versprechen (§. 387.), so kann der Besteller das einmal begründete Dotalrecht der Frau nicht mehr willkürlich durch andere Verabredungen schmälern, nicht dotis causam deteriorem facere [d].

3) Der Dotationspflichtige (§. 396.) kann auch vor oder bei Bestellung der Dos nicht der Frau nachtheilige Verabredungen ohne deren Zustimmung treffen; so namentlich der Vater [e]. Doch kann dieser auch einseitig den Rückfall der Dos stipuliren, vor oder sogleich nach der Bestellung, und selbst später noch, wenn die Ehe noch nicht eingegangen ist und ohne seine Zustimmung nicht eingegangen werden kann [f]. Auch kann derselbe rechtsgültig zugestehen, daß nach Auflösung der Ehe durch den Tod der Tochter die Dos dem Manne verbleibe, obgleich dies nach Justinianischem Recht zum Nachtheil der Erben der Frau ist [g].

[i] L. 10. §. 4. 5. L. 17. §. 1. D. eod.

[a] Dig. de pactis dotalibus. 23. 4. Cod. de pactis conventis tam super dote quam super donatione ante nuptias et paraphernis. 5. 14. [b] L. 20. §. 1. D. h. t. 23. 4. L. 4. 7. Cod. h. t. 5. 14. L. 6. Cod. de iure dot. 5. 12. [c] §. 395. not. b. [d] L. 20. §. 1. D. h. t. cf. L. 7. eod. L. 6. Cod. h. t. [e] L. 7. pr. 19. D. eod. L. 3. Cod. eod. [f] L. 29. D. sol. matr. 24. 3. L. 28. D. de iure dot. 23. 3. cf. L. un. §. 13. in f. Cod. de rei ux. act. 5. 13. [g] L. 12. pr. D. h. t. 23. 4. cf. L. un. §. 6. Cod. l. c. (§. 405.).

4) Bezüglich der einmal bestellten Dos kann nach Eingehung und vor Auflösung der Ehe auch die Frau selbst dem Manne keine ihr unvortheilhafte Aenderung einräumen [h], ausgenommen in Rücksicht auf die Kinder aus der Ehe, für den Fall ihres Todes oder der Scheidung [i].

5) Unzulässig sind überhaupt solche Verabredungen, welche dem Wesen des Dotalverhältnisses zuwider sind, z. B. daß auch die Früchte dotal seyn sollen [k], daß der Mann nur für Dolus haften [l], oder für nothwendige Verwendungen keinen Abzug machen solle [m].

Anm. Als unstatthaft wird es auch bezeichnet, daß die Frau sich vom Manne für künftige Rückgabe der Dos Bürgen stellen lasse. L. 1. 2. Cod. ne fideiussores vel mandatores dotium dentur 5. 20. Jedoch ist bestritten, daß die freiwillig gestellte Bürgschaft unverbindlich sey, weil diese Stellen nur das Verlangen der Bürgenstellung verbieten. Girtanner von der Bürgschaft S. 145. Aber nicht nur L. 1. Theod. Cod. de fideiuss. dot. 3. 15., sondern auch die unzweifelhafte Interpolation in L. 7. pr. D. de except. 44. 1. („mariti fideiussor *post solutum matrimonium datus*) spricht für die strengere Erklärung. Nur darf man wohl annehmen, daß der freiwillig ohne Rückanspruch an den Mann sich Verbürgende (fideiussor non a marito datus) sich gültig verpflichte.

4) Rechtsverhältniß der Dos.

a) Während der Ehe.

α) Rechte des Mannes.

§. 401.

Während der Ehe bildet die Dos einen Bestandtheil des Vermögens des Mannes; die Rechte, welche das Capital der Dos ausmachen, sind Rechte des Mannes, dem sie eben dotis causa zugewendet sind. Sind also Sachen zur Dos gegeben, so ist der Mann deren Eigenthümer [a]; er hat die rei vindicatio in Ansehung derselben und andere dem Eigenthümer zustehende Klagen [b]; er benützt sie als Eigenthümer, hat aber auch deren Lasten zu tragen [c]; er erwirbt als Eigenthümer auch von selbst den Zuwachs

h L. 14...18. 21. 29. pr. D. h. t. L. 26. D. de iure dot. 23. 3. i L. 2. D. h. t. L. 3. Cod. eod. L. 1. §. 1. D. de dote praeleg. 33. 4. k L. 4. D. h. t. l L. 6. eod. m L. 5. §. 2. eod.

a L. 7. 13. §. 2. D. de fundo dot. 23. 5. L. 47. §. 6. D. de peculio. 15. 1. L. 23. Cod. h. t. 5. 12. cf. §. 398. not. a. b. b L. 25. D. de act. rer. amot. 25. 2. L. 49. §. 1. D. de furt. 47. 2. L. 11. Cod. de iure dot. 5. 12. c L. 7. pr. 10. §. 3. D. de iure dot. 23. 3. L. 20. Cod. eod. 5. 12.

der Dotalsachen, jedoch, abgesehen von den Früchten, eben als Zuwachs der Dos [d], und dies gilt denn auch von der einen Hälfte des im Dotalgrundstück gefundenen Schatzes [e]. Die Eigenschaft der Sachen als Dotalsachen hat überhaupt nur dadurch rechtliche Bedeutung, daß die Dos späterhin zurückzugeben ist, und dieserhalb hat der Mann bezüglich derselben den ihm sonst eigenen Grad der Sorgfalt (diligentiam quam suis rebus adhibere solet) zu bewähren, wegen dessen Versäumung er künftig zu haften hat [f].

§. 402.

Als Eigenthümer kann der Mann Dotalsachen auch gültig veräußern [a]. Gesetzlich verboten aber ist dieses in Beziehung auf Dotalgrundstücke [b]. Sowohl die unmittelbare Veräußerung als die Verpfändung derselben, selbst mit Einwilligung der Frau, ist nichtig [c], und dies gilt auch von partieller Veräußerung durch Einräumung dinglicher Rechte an dem Grundstück oder durch Aufgeben damit verbundener Rechte [d]. Das Verbot tritt in Anwendung, sobald das Grundstück als dotales zum Vermögen des Mannes gehört [e], auch schon vor der Ehe, wenn dem künftigen Manne das Eigenthum dotis causa übertragen ist [f], und wirkt auch nach Auflösung der Ehe noch bis zur Restitution der Dos [g]. Es findet keine Anwendung 1) wenn das Grundstück mit Schätzung venditionis gratia zur Dos gegeben ist, so daß nur der Schätzwerth, oder auch nach Wahl des Mannes, nicht nach Wahl der Frau, dieser oder das Grundstück in dote seyn soll [h]; 2) wenn das Grundstück durch gültige Umwandlung der Dos oder aus anderem Grunde aufhörte Dotalgegenstand zu seyn [i]; 3) wenn nicht die Frau oder deren Erbe die Anwartschaft auf den Rückfall der Dos hat [k]; 4) wenn die Veräußerung nicht durch den Willen des Mannes oder

[d] L. 10. §. 1. 2. L. 69. §. 9. D. l. c. [e] L. 7. §. 12. D. sol. matr. 24. 3. [f] L. 17. pr. D. de iure dot. 23. 3. L. 24. §. 5. D. sol. matr. 24. 3.

[a] L. 61. §. 1. D. eod. 23. 3. L. 3. Cod. de iure dot. 5. 12. L. 1. 7. D. de servo pign. dato mar. 7. 8. cf. L. 3. §. 2. D. de suis. 38. 16. L. 61. D. soluto matr. 24. 3. [b] Dig. de fundo dotali. 23. 5. Cod. 5. 23. [c] pr. J. quib. alien. lic. 2. 8. L. un. §. 15. Cod. de rei ux. act. 5. 13. cf. L. 42. D. de usucap. 41. 3. L. 16. D. h. t. 23. 5. cf. §. 162. Anm. 4. §. 132. not. c... f. [d] L. 5. 6. D. eod. [e] Gai. II. 63. L. 13. §. 2. D. h. t. L. 3. pr. 9. 14. eod. [f] L. 4. eod. [g] L. 12. pr. eod. [h] L. 11. eod. cf. L. 10. §. 6. D. de iure dot. 23. 3. L. 1. Cod. h. t. 5. 23. [i] L. 26. 27. D. de iure dot. 23. 3. L. 56. §. 3. eod. cf. L. 5. pr. D. de impens. 25. 1. [k] L. 3. §. 1. D. h. t. cf. L. 17. eod.

seines Universalsuccessors stattfindet [l]; 5) wenn die Frau unter eidlicher Bestärkung ihre Einwilligung zur Veräußerung gegeben hat [m]. Auch wird die anfänglich ungültige Veräußerung gültig, wenn sie nach Auflösung der Ehe von der Frau oder ihren Erben genehmigt wird [n] oder aus anderem Grunde für sie das Recht, dieselbe als ungültig anzufechten, wegfällt [o].

Anm. 1 Eine Bestimmung der lex Julia de adulteriis, die für sich als lex Julia de fundo dotali bezeichnet wird, verbot zuerst die Veräußerung des Dotalgrundstücks ohne Einwilligung der Frau, nur die Verpfändung auch mit Einwilligung derselben. Paul sentt. II. 21b. §. 2. Gai. II. 63. L. 1. pr. D. h. t. vgl. L. 12. §. 1. eod. und die Inscription von L. 2. 6. 12...14. eod. Erst Justinian hat jede Veräußerung auch mit Einwilligung der Frau verboten und zugleich entschieden, daß dieses Verbot ebensowohl auf Provinzialgrundstücke, wie auf italische, Anwendung finde. L. un. §. 15. Cod. de rei ux. act. 5. 13. pr. J. quib. alien. lic. 2. 8. Vgl. Bachofen, ausgewählte Lehren S. 89...118.

2 Durch das Veräußerungsverbot wird auch der Verlust dinglicher Rechte durch Nichtausübung (not. d.), sowie der Verlust des Eigenthums durch Ersitzung ausgeschlossen (§. 162. Anm. 4. a.), jedoch nicht die schon vorher begonnene Ersitzung unterbrochen. L. 16. D. h. t. (Tryphoninus). Si fundum, quem Titius possidebat bona fide et longi temporis possessione poterat sibi quaerere, mulier ut suum marito dedit in dotem eumque petere neglexerit vir, cum id facere posset, rem periculi sui fecit. Nam licet lex Julia, quae vetat fundum dotalem alienari, pertineat etiam ad huiusmodi acquisitionem, non tamen interpellat eam possessionem, quae per longum tempus fit, si antequam constitueretur dotalis fundus, iam coeperat. Plane si paucissimi dies ad perficiendam longi temporis possessionem superfuerunt, nihil erit, quod imputabitur marito. Die Interpolationen dieser Stelle sind handgreiflich (§. 157.); es hätte aber noch der ganze Mittelsatz: *nam...coeperat* wegbleiben und das übrige in den Titel *de iure dotium* oder *soluto matrimonio* gestellt werden sollen. Tryphoninus hatte die Uebertragung des Eigenthums durch Mancipatio oder In jure cessio, ohne Besitzübertragung, vor Augen; nach Justinianischem Recht aber konnte das Grundstück gar nicht ohne diese, also nicht ohne Unterbrechung des bisherigen Usucapionsbesitzes, dotal werden, es sey denn durch Vermächtniß des Eigenthümers; die Frau konnte nur etwa ihre rei vindicatio gegen den Usucapionsbesitzer dotis causa abtreten, wodurch natürlich die Usucapion des letzten nicht unterbrochen wird. Uebrigens vgl. noch §. 411.

3 Eine ungültige Veräußerung ist auch das Vermächtniß des Dotalgrundstücks durch den Mann. Wenn aber die Frau selbst zum Erben eingesetzt ist, so muß sie das Vermächtniß anerkennen, soweit sie nach Abzug der Vermächtnisse noch

l L. 1. 2. eod. L. 78. §. 4. D. de iure dot. 23. 3. L. 2. Cod. h. t. m Cap. 28. X. de iureiur. 2. 24. §. 240. not. c. n arg. L. 77. §. 5. D. de legat. II. o L. 17. D. h. t. 23. 5. L. 42. D. de usucap. 41. 3. cf. L. 10. in f. D. h. t.

Befriedigung ihres Dotalanspruchs in der Erbschaft findet. L. 13. §. 4. D. h. t. Bachofen S. 97. Einen andern Fall betrifft L. 77. §. 5. D. de legat. II. Qui dotale praedium contra legem Juliam vendidit, uxori legatum dedit et emtoris fidei commisit, ut amplius ei pretium restituat: emtorem fideicommissi non teneri constabat; si tamen accepto legato mulier venditionem irritam faceret, eam oblato pretio doli placuit exceptione summoveri. Vgl. not. n.

4 Streitig ist, ob der Mann während der Ehe selbst auch das veräußerte Grundstück vindiciren könne? Da nach not. c. venditio non valet, so ist die Frage zu bejahen. Die künftige Möglichkeit der Convalescenz (not. o.) kann nicht jetzt schon eine doli exceptio gegen den Mann begründen, zumal dieser für Erhaltung des Grundstücks noch verantwortlich ist. Falsch ist der Schluß: „zudem wird bezeugt, daß selbst nach dem Tode der Frau dem Mann, welcher die Dos lucrirt, kein Rechtsmittel zusteht, um so weniger schon vorher" (Bachofen S. 108.), wenn es vorher noch ungewiß ist, ob er die Dos lucrirt; und L. 13. §. 3. D. h. t. (Heredi quoque mulieris idem auxilium praestabitur, quod mulieri praestabatur) und L. 77. §. 5. D. de legat. II. (Anm. 3. a. E.) beweisen nicht, daß nur die Frau und deren Erbe, und jene sofort nach der Veräußerung die Vindication (rescissa alienatione) habe (Bachofen S. 107... 112.). Vgl. Vang. §. 217. Anm. 3. Wenn übrigens dieser „einen allenfalls auch durch Retention geltend zu machenden Anspruch auf volle Evictionsleistung" gegen den Mann zugibt, so kann man dem nur beistimmen für den Fall, daß der Käufer die Eigenschaft des Dotalgrundstücks nicht kannte (§. 303. not. n.); den Preis aber kann der Käufer natürlich jedenfalls zurückverlangen (§. 345. Anm. 1. b.).

§. 403.

Wird dem Manne, was ihm zur Dos gegeben worden, durch einen Andern abgestritten, so kann er dieserhalb gegen den Besteller Anspruch auf Ersatz machen, wenn dieser entweder bei der Bestellung einen Dolus begangen, oder die Dos zuvor versprochen hatte, welches Versprechen denn durch Hingabe des evincirten Gegenstandes nicht gehörig erfüllt worden ist; sind ihm venditionis causa geschätzte Sachen gegeben, so hat er Anspruch auf Evictionsleistung nach den Regeln des Kaufes[1]. War die Dos von einer der Frau zur Dotation verpflichteten Person, ohne Versprechen an den Mann, bestellt, so kann die Frau im Falle der Eviction auf bessere Erfüllung der Verbindlichkeit klagen, der Mann nur, sofern ihm etwa die Frau ihren Dotationsanspruch abgetreten hat[2]. Ist dagegen durch Zufall das Empfangene dem Manne verloren gegangen, so kann weder er noch die Frau auf Bestellung einer neuen Dos (Redotation) für dieselbe Ehe Anspruch machen[3].

Anm. [1] Die angegebenen Fälle werden genau unterschieden in L. 1. Cod. de iure dot. 5. 12. Evicta re, quae fuerat in dotem data, si pollicitatio (ursprünglich: *dictio*) vel promissio fuerit interposita, gener contra socerum vel mulierem seu heredes eorum condictione (vielleicht ursprünglich: *ex dictione?* oder ist die *condictio* auf den Fall zu beziehen, wenn ein certum versprochen worden, was bei der dictio dotis Regel gewesen seyn mag?) vel ex stipulatione agere potest. (cf. L. 34. D. de iure dot.) Sin autem nulla pollicitatio vel promissio intercesserit, post evictionem eius, si quidem res aestimata fuerit, ex emto competit actio (cf. L. 16. D. l. c.). Si vero hoc non est factum, si quidem bona fide eadem res in dotem data est, nulla marito competit actio (cf. L. 69. §. 7. D. l. c.). Dolo autem dantis interposito, de dolo actio adversus eum locum habebit, nisi a muliere dolus interpositus sit; tunc enim, ne famosa actio adversus eam detur, in factum actio competit. — Mit Unrecht hat man den ersten Satz dieser Stelle von einem besondern Versprechen der Evictionsleistung verstanden; er setzt dotis pollicitatio vel promissio voraus. Vang. §. 217. Anm. 2. Es kann aber in diesem Falle auch nicht eigentlich auf Evictionsleistung, sondern nur auf Erfüllung des wirklich nicht erfüllten Dotalversprechens geklagt werden, was namentlich dann, wenn dieses nicht auf einen bestimmten Gegenstand gerichtet war (§. 397. not. d. e.), einen erheblichen Unterschied machen kann.

[2] Viele läugnen eine Verbindlichkeit zur Erneuerung der sog. dos necessaria mit Glück XXV. S. 90. fg. (gegen seine eigene frühere Meinung XX. S. 209.). Vang. §. 217. Anm. 2. a. E., arg. L. 71. D. de evict. 21. 2. Die Unrichtigkeit dieser Meinung ist handgreiflich, wenn man an den Fall denkt, daß der Verführer (§. 396. not. d.) eine fremde Sache in dotem gegeben hätte. Bezüglich der Eltern möchte man sie etwa damit vertheidigen, daß ihre Dotationspflicht nur zum Zweck der Ermöglichung der Ehe der Tochter angenommen sey (L. 19. D. 23. 2.), also nach Eingehung der Ehe wegfalle. Aber wenn denn der Mann, weil er in der That keine Dos erhalten hatte, sich scheiden wollte: verstieß der eine wirksame Dotation verweigernde Vater nicht gegen die lex Julia? Man darf hier nur überall nicht von einer Evictionsverbindlichkeit des Bestellers und von einem unmittelbaren Evictionsanspruch des Mannes reden. Der Vater braucht vielleicht nicht einmal ebensoviel zu geben, wenn sich ergibt, daß er um den Betrag des zuerst Gegebenen weniger reich ist.

[3] Manche behaupten auch hier eine Redotationspflicht, z. B. Thibaut §. 336. Dagegen Vang. §. 216. Anm. 2.

§. 404.

β) Rechte der Frau.

Die Frau hat während der Ehe an dem Gegenstande der Dos unmittelbar kein Recht; er ist ein Bestandtheil des Vermögens des Mannes [a]. Allein ihr Vortheil ist es doch, daß sie mit einem Heirathsgute ausgestattet (dotata uxor) ist, das dereinst an sie

[a] L. 23. Cod. de iure dot. 5. 12.

oder ihre Erben zurückfallen kann. Insofern [1] wird die Dos schon jetzt als der Frau gehörend angesehen [b], und gilt diese bezüglich der Befreiung von Cautionen [c] schon jetzt als Besitzerin der Dotalgrundstücke [2], kann auch wegen Eviction des zur Dos Gegebenen gegen ihren Auctor klagen [d]. Zur Sicherung ihrer Rechte kann sie auch schon während der Ehe die Dos zurückfordern, oder Sequestration der letzten verfügt werden, wenn der Mann in Vermögensverfall oder gar in Concurs geräth [e], oder durch Verschleuderung die Dos gefährdet [f], wodurch jedoch diese ihrer Bestimmung ad onera matrimonii ferenda nicht entzogen wird. Außerdem ist während der Ehe die Rückgabe der Dos an die Frau sogar unverbindlich als Schenkung unter Ehegatten [g], und befreit den Mann nicht von der Haftung wegen Restitution der Dos nach Auflösung der Ehe, sie wäre denn zum wirklichen Vortheil der Frau oder zu einem Zwecke geschehen [h], der die Anfechtung der vorzeitigen Rückgabe als unsittlich erscheinen läßt [3].

Anm. [1] L. 75. D. de iure dot. Quamvis in bonis mariti dos sit, mulieris tamen est: et merito placuit, ut si in dotem fundum inaestimatum dedit, cuius nomine duplae stipulatione cautum habuit, isque marito evictus sit, statim eam ex stipulatione agere posse. Porro cuius interest non esse evictum, quod in dote fuit, quodque ipsa evictionem pati creditur ob id, quod eum in dotem habere desiit, huius etiam constante matrimonio, quamvis apud maritum dominium sit, emolumenti potestatem esse creditur; cuius etiam matrimonii onera maritus sustinet. Justinian sagt sogar von den Dotalsachen, daß sie „et ab initio uxoris fuerint et naturaliter in eius permanserint dominio; non enim, quod legum subtilitate transitus earum in patrimonium mariti videatur fieri, ideo rei veritas deleta vel confusa est.“ Dagegen L. 23. C. h. t. 5. 12. Si praedium uxor tua dotale venum dedit, sponte necne contractum ratum habuerit, nihil interest, cum rei tibi quaesitae dominium auferre nolenti minime potuerit. Ein alter Streit (schon von den Glossatoren her: Haenel dissens. dominorum pag. 436. sq.) ist es hiernach, wer während der Ehe Eigenthümer der Dotalsachen sey? Viele legten der Frau allein das Eigenthum bei, oder gaben ihr ein sog. dominium naturale oder dormiens neben dem dominium civile des Mannes. Die richtige Ansicht, daß der Mann allein der wahre Eigenthümer sey, namentlich vertheidigt von Löhr im Mag. IV. S. 57. fg. ist jetzt auch die herrschende. Vang. §. 218. Anm. 1. Dagegen hat auch die

[b] L. 75. D. de iure dot. 23. 3. L. 3. §. 5. D. de minor. 4. 4. cf. L. 24. §. 5. D. sol. matr. 24. 3. [c] L. 15. §. 3. D. qui satisd. cog. 2. 8. [d] L. 75. cit. cf. L. 71. D. de evict. 21 2. [e] L. 24. pr. D. sol. matr. 24. 3. L. 29. Cod. de iure dot. 5. 12. [f] L. 22. §. 8. 9 D. l. c. [g] L. un. Cod. si dos constante matrimonio soluta fuerit. 5. 19. [h] L. 73. §. 1. L. 85. D. de iure dot. 23. 3. L. 20. D. sol. matr. 24. 3.

neue Idee eines sog. procuratorischen Eigenthumes des Mannes (Tigerström I. S. 202. fg.) kein Glück gemacht. Puchta Vorles. II. S. 258.

[2] Als ein Recht der Frau führt man noch an, daß sie die Hälfte des im Dotalgrundstück gefundenen Schatzes vom Manne fordern könne. Puchta §. 416. not. b. Bachofen a. a. O. S. 112. Aber vgl. §. 401. not. e. L. 7. §. 12. D. sol. matr. sagt: Sed etsi vi tempestatis (arbores) ceciderunt, dici oportet, pretium earum restituendum mulieri nec in fructum cedere, non magis, quam si thesaurus fuerit inventus; in fructum enim non computabitur, sed pars eius dimidia restituetur, quasi in alieno inventi. Die Restitution kann aber im letzten wie im ersten Falle erst soluto matrimonio gefordert werden.

[3] Nov. 22. cap. 39. Dotes autem, quas acceperunt contrahentes, non dabunt facile mulieribus constantibus adhuc matrimoniis, nisi tantum ex causis, quas lex enumeravit (vgl. L. 27. §. 1. D. de religios. 11. 7. „casibus, in quibus hoc ei facere legibus permissum est.") Als solche causae werden angeführt (not. h.): *ut aes alienum solvat aut praedia idonea emat, liberis ex alio viro egentibus aut fratribus aut parentibus consuleret, vel ut eos ex hostibus redimeret* (L. 20. cit.); oder: *ut sese suosque alat, ut in exilium aut in insulam relegato parenti praestet alimonia, aut ut egentem virum fratrem sororemve sustineat* (L. 73. §. 1. cit.). Vgl. Hasse in der Ztschr. für gesch. Rtsw. V. 9. Francke im civ. Arch. XVII. 16. XVIII. 1. Vang. §. 218. Anm. 2. Streitig ob diese Fälle blos als Beispiele oder exclusiv zu verstehen? Puchta §. 420. not. o. „Auch die Worte der nov. 22. cap. 39. können die Beispiele nicht zu etwas anderm machen, als was sie sind."

b) Nach Endigung der Ehe. Rückgabe der Dos [a].

§. 405.

a) Rückempfänger der Dos.

Nach Auflösung der Ehe, durch Tod oder Scheidung, muß die Dos vom Manne oder dessen Erben zurückgegeben werden. Wem das Recht darauf zustehe, und unter welchen Voraussetzungen, kann durch vertragsmäßige Bestimmung festgesetzt seyn [1]. Ist dies nicht der Fall, so kommt es darauf an, ob die Ehe durch den Tod der Frau aufgelöst ist, oder bei Lebzeiten derselben, also durch Scheidung oder Tod des Mannes? sodann ob die Dos profectitia oder adventitia ist? Profectitia aber heißt die Dos, welche aus dem Vermögen des Vaters oder väterlichen Ascendenten der Frau, als solchen, von ihm selbst oder doch in seinem Namen, bestellt worden ist [b]; jede andere, auch die von der Frau selbst bestellte Dos heißt

[a] Dig. soluto matrimonio dos quemadmodum petatur. 24. 3. Cod. 5. 18. cf. X. de donationibus inter virum et uxorem et de dote post divortium restituenda. 4. 20. — L. un. Cod. de rei uxoriae actione. 5. 13. [b] L. 5. D. de iure dot. 23. 3.

adventitia [2]. Ist nun 1) die Ehe bei Lebzeiten der Frau aufgelöst worden, so hat diese das Recht der Rückforderung, das denn auch auf ihre Erben übergeht [c]; vorausgesetzt freilich, daß sie sui iuris sey, was sie aber nach heutigem Recht regelmäßig eben durch die Ehe geworden ist; wäre sie noch in der väterlichen Gewalt, so würde der Vater die Dos zurückfordern können, jedoch nicht gegen den erklärten Willen der Tochter [d], und nur mit dem Erfolge, daß er an der restituirten dos adventitia dasselbe Recht erlangt, das ihm überhaupt an dem Vermögen der Kinder zusteht [3], und daß auch die dos profectitia für die Tochter im Fall der Eingehung einer andern Ehe in gleichem Betrage wieder herzugeben ist, wenn nicht etwa das Vermögen des Vaters seitdem eine solche Minderung erlitten hat, daß jene nunmehr unverhältnißmäßig groß erscheint [e]. Ist dagegen 2) die Ehe durch den Tod der Frau aufgelöst worden, so fällt die dos adventitia den Erben derselben zu [f], die dos profectitia aber dem Besteller, wenn er die Auflösung der Ehe überlebt [g], sonst ebenfalls den Erben der Frau [4]. In beiden Fällen macht es keine Aenderung, wenn die Frau, oder bei der dos profectitia der Besteller, sich die Restitution hat ausdrücklich versprechen lassen [h].

Anm. [1] Die Dos, deren Rückfall sich der dritte Besteller vorbehalten hat, nennt man nach Ulp. fragm. VI. §. 5. dos receptitia. Für diesen Fall kommen überhaupt die eigenthümlichen Regeln des Dotalrechts nicht weiter in Betracht. Vgl. jedoch not. h.

[2] Ulp. VI. §. 3. Dos aut profectitia dicitur, id est, quam pater mulieris dedit, aut adventitia, id est ea, quae a quovis alio data est. cf. L. 5. pr. D. de iure dot. Profectitia dos est, quae a patre vel parente profecta est de bonis vel facto eius. L. 5. §. 11. eod. Si pater pro filia emancipata dotem dederit, profectitiam nihilominus dotem esse, nemini dubium est, quia non ius potestatis, sed parentis nomen dotem profectitiam facit, sed ita demum, si ut parens dederit: ceterum si, cum deberet filiae, voluntate eius dedit, adventitia dos est. — Völlig grundlos ist die Meinung (von Tigerström), die von der Frau selbst bestellte Dos sey nicht dos adventitia, sondern heiße vorzugsweise Dos schlechtweg.

[3] Nach Just. Recht ist es unrichtig, sowohl: die Rückforderung der dos

[c] L. 2. pr. D. h. t. 24. 3. L. un. §. 4. 6. 11. Cod. de rei ux. act. [d] L. 2 §. 1. ...L. 4. 34. D. l. c. L. un. §. 14. Cod. l. c. L. 2. 7. Cod. h. t. 5. 18. cf. L. 22. §. 3. ...11. L. 31. §. 2. D. eod. L. 8. pr. D. de procurat. 3. 3. [e] Nov. 97. cap. 5. [f] L. un. §. 6. 13. Cod. l. c. [g] L. 4. Cod. h. t. 5. 18. L. 6. pr. 78. §. 1. D. de iure dot. 23. 3. L. 71. D. de evict. 21. 2. cf. L. 10. pr. 59. D. h. t. 24. 3. L. 5. D. de divort. 24. 2. [h] L. un. §. 14. Cod. de rei ux. act. 5. 13.

adventitia in jedem Falle der überlebenden Tochter allein zu geben (Puchta §. 419. not. g.), als: wenn sie noch in patria potestate ist, dem Vater in Ansehung derselben ganz dasselbe Recht beizulegen, wie in Betreff der dos profectitia (Vang. §. 220. Anm. 1.) Vgl. Arndts im Rtslex. III. S. 826. Nach heutigem Recht ist diese Frage nicht mehr von Bedeutung. (§. 426. a. E.)

4 Nach altem Recht hatten die Erben der Frau, wenn nicht dieser die Rückgabe der Dos stipulirt war, keinen Anspruch darauf; selbst in dem Falle unter 1. not. c. konnten sie nur dann auf Rückgabe klagen, wenn der Mann bereits ihrer Erblasserin gegenüber in Mora versetzt war. Ulp. 6. §. 5. 7. cf. Vat. fragm. §. 95. 97. L. 57. D. h. t. 24. 3. Justinian erst hat den Erben der Frau wie ihr selbst schlechthin das Recht der Rückforderung gegeben, wenn nur nichts anderes gültig verabredet ist. L. un. §. 4. 6. Cod. de rei ux. act. Aber nach Ulp. VI. §. 4. „mortua in matrimonio muliere dos a patre profecta ad patrem revertitur", nur mit Abzug von 1/5 für jedes Kind. cf. Vat. fragm. §. 108. Diese retentio propter liberos hat Justinian aufgehoben in L. un. §. 5. Cod. l. c., wornach denn ein unbeschränktes Rückforderungsrecht des Bestellers der dos profectitia übrig geblieben ist, welches das der Erben der Frau ausschließt (vgl. not. g.). Doch ist streitig: a) ob der Vater auch die Kinder der Tochter ausschließe? wie mit Recht der Glossator Bulgarus behauptete, gegen Martinus, dessen Meinung aber in der Praxis mehr Anklang fand (vgl. Haenel dissens. domin. pag. 40. 87. 441. fg.); die Praxis jetzt noch schwankend; vgl. Seuffert's Arch. I. 350. V. 182. 183. a. b. VI. 214. b) ob auch der Vater, welcher der emancipirten Tochter die Dos bestellte, jenes Recht habe? verneint von Francke im civ. Arch. XXIV. 14. Vang. (6. Aufl.) §. 220. Anm. 1. arg. L. un. §. 13. in f. Cod. l. c., gegen die jetzt herrschende auf die Stellen in not. g. gestützte Meinung.

β) Gegenstand der Restitution.

§. 406.

aa) Bezüglich der Hauptsache.

Die nähere Bestimmung der Leistung, welche der zur Rückgabe der Dos Verpflichtete zu gewähren hat, hängt zunächst von der Beschaffenheit des Gegenstandes, welcher das Capital der Dos bildete, sodann auch davon ab, ob und inwiefern dessen Rückerstattung etwa durch Schuld des Mannes (§. 401.) oder seiner Erben vereitelt oder geschmälert ist. So sind 1) Geldsummen und andere Quantitäten vertretbarer Dinge in gleicher Gattung schlechthin zurückzugeben, wie beim Darlehen [a], und dasselbe gilt

[a] L. 42. D. de iure dot. 23. 3. L. 12. Cod. eod. 5. 12. cf. L. 54. D. eod. L. 22. in f. D. h. t. 24. 3. cf. §. 145. Anm. 3.

auch von der Summe, zu welcher nicht vertretbare Sachen verkaufsweise geschätzt zur Dos gegeben waren [b]. 2) Nichtvertretbare und ohne solche Schätzung zur Dos gegebene Sachen sind individuell zurückzugeben, und ist dafür voller Ersatz zu leisten, wenn sie durch Schuld des Mannes [1] oder seiner Erben gar nicht oder nur verschlechtert zurückgegeben werden können [c]; für unverschuldeten Verlust haften diese nicht, es sey denn wegen Verzugs [d], müssen aber jedenfalls erstatten, was ihnen als Ersatz für die entzogenen Sachen zugekommen ist [e], beziehungsweise die Klagen darauf abtreten [f]; sind die Sachen mit Einwilligung des Rückempfängers gültig veräußert worden, so kann auch nur der Preis zurückgefordert werden [g]. 3) War ein dingliches Recht Gegenstand der Dos, so muß der darin dem Manne zugekommene Rechtsvortheil nunmehr, so weit thunlich, dem Rückempfänger der Dos zugewendet werden [h], nach Verschiedenheit der Fälle, bald durch Uebertragung des fraglichen Rechts oder der Ausübung desselben, bald durch Aufgeben des eingeräumten, bald durch Wiederherstellung des aufgegebenen Rechts; auch hier muß Ersatz geleistet werden, wenn durch Schuld des Mannes, zum Nachtheil des Rückempfängers der Dos, jener Erfolg nicht mehr erreicht werden kann [2]. 4) Hat der Mann durch die Bestellung der Dos, es sey durch Versprechen (§. 397.) oder auf andere Weise (§. 398.), zunächst eine Forderung erhalten und diese ist erfüllt worden, so bestimmt sich der Inhalt der Rückleistung nach der Natur des Empfangenen [i], es wäre denn etwa die Forderung kaufweise als res aestimata dem Mann abgetreten worden (not. b.). Sofern die Forderung nicht erfüllt worden, hat der Rückempfänger, wenn er selbst der Schuldner ist, nur auf Befreiung Anspruch [k]; im andern Fall muß ihm wenigstens die noch bestehende Forderung abgetreten [l], nach Umständen aber auch für den Gegenstand derselben voller Ersatz geleistet werden, das letzte nämlich, sofern der

[b] L. 51. D. h. t. L. 10. pr. D. de iure dot. 23. 3. cf. L 10. §. 6. L. 14...16. 18. D. eod. L. 66. §. 3. D. h. t. 24. 3. L. 1. Cod. h. t. 5. 18. L. 30. Cod. eod. 5. 12. §. 411. [c] L. 18. §. 1. L. 24. §. 5. L. 25. §. 1...4. L. 55. 66. pr. D. h. t. L. 17. pr. L. 72. §. 1. D. de iure dot. 23. 3. cf. L. 69. §. 7. D. eod. L. 21. Cod. eod. 5. 12. L. 1. Cod. h. t. 5. 18. [d] arg. L. 18. §. 1. L. 25. § 2. D. h. t. 24. 3. [e] L. 52. D. de iure dot. 23. 3. cf. L. 49. §. 1. D. h. t. 24. 3. [f] L. 18. §. 1. in f. D. l. c. [g] L. 32. D. de iure dot. 28. 3. [h] L. 66. 78. D. l c. L. 57. D. h. t. 24. 3. [i] arg. L. 48. §. 1 L. 49. in f. D. de iure dot. 23. 3. [k] L. 41. §. 4. D. eod. L. 30. §. 1. L. 66. §. 7. D. h. t. 24. 3. [l] L. 44. §. 1. D. eod.

Mann durch seine Nachlässigkeit in Geltendmachung der Forderung einen Verlust verschuldet [m], oder die ganze Gefahr derselben von Anfang an [n] oder durch eine spätere Verfügung [o] auf sich genommen hat [3]. 5) War dotis causa eine Schuld erlassen, so ist es so anzusehen als hätte der Mann den Schuldgegenstand zur Dos erhalten; wenn jedoch die erlassene Schuld an eine Bedingung oder Zeitbestimmung geknüpft war, die zur Zeit der Restitution der Dos noch nicht eingetreten ist, so ist nur das frühere Schuldverhältniß mit seiner Nebenbestimmung wieder herzustellen [p].

Anm. [1] Ueber das Maß der Verantwortlichkeit vgl. L. 17. D. de iure dot. 23. 3. In rebus dotalibus virum praestare oportet tam dolum quam culpam, quia sua causa dotem accipit; sed etiam diligentiam praestabit, quam in suis rebus exhibet. L. 66. pr. D. soluto matr. 24. 3. In his rebus quas praeter numeratam pecuniam doti vir habet, dolum malum et culpam eum praestare oportere, Servius ait. Ea sententia Publii Mucii est; nam is in Licinnia Gracchii uxore statuit, quod res dotales in ea seditione, qua Gracchus occisus erat, perissent, quia Gracchi culpa ea seditio facta esset, Licinniae praestari oportere. — Ueber die Beweislast vgl. Arch. f. prakt. Rtsw. V. 8.

[2] In den Quellen (not. g.) wird namentlich der Fall eines ususfructus in dotem datus nach den verschiedenen Möglichkeiten in Erwägung gezogen:

a) L. 66. D. 23. 3. vgl. §. 193. Anm. 1., mit dem Schlußsatz: Quidam ergo remedii loco recte putaverunt introducendum, ut vel locet hunc usumfructum mulieri maritus, vel vendat nummo uno, ut ipsum quidem ius remaneat penes maritum, perceptio vero fructuum ad mulierem pertineat.

b) L. 78. pr. D. eod. Quum in fundo mariti habens mulier usumfructum dotis causa eum marito dedit, quamvis ab ea ususfructus decesserit, maritus tamen non usumfructum habet, sed suo fundo quasi dominus utitur, consecutus per dotem plenam fundi proprietatem, non separatam ab usufructu; nec est quod non utendo maritus amittat. Divortio autem facto constituet in eodem fundo usumfructum mulieri. Quodsi in matrimonio decesserit uxor, nihil emolumenti ob dotem habere videtur maritus, quia, etsi uxorem eam non duxisset, fructuariae morte finitus ususfructus ad proprietatem rediret; ideoque nec in funus confert mulieris (vgl. §. 299. 405. Anm. 4.).

c) L. 78. §. 1. ibid. Plane si pater filiae nomine, qui in fundo generi usumfructum habebat, dotis constituendae gratia eum dederit, et in matrimonio mortua fuerit, habebit ex sua persona ususfructus petitionem (vgl. §. 405. Anm. 4.).

[m] L. 49. pr. eod. L. 20. §. 2. D. de pact. dot. 23. 4. L. 33. 49. D. de iure dot. 23. 3. cf. L. 56. pr. eod. [n] L. 41. §. 3. D. eod. [o] L. 35. 49. 71. eod. L. 66. §. 6. D. h. t. 24. 3. [p] L. 12. §. 2. L. 43. §. 1. D. de iure dot.

d) L. 78. §. 2. ibid. Quodsi mulier in fundo suo marito usumfructum dotis causa constituerit, tunc ex mariti persona erit ususfructus proprie, qui et non utendo ipsi pereat. Quod si acciderit, videamus, an etiam nunc sit dotata mulier? Et si quidem dominium apud mulierem est fundi, ad quem reversus est ususfructus, nihil iam in dote habet, quod actione dotis consequatur ab eo, cui, quod non utendo amisit usumfructum, imputari non potest, ex quo ipsa lucrum habet; ideoque indotata erit. Quodsi alienaverit uxor proprietatem, quae sine ullo mulieris emolumento plenior facta est, adhuc dotata est, quia dotis actione teneri debet maritus, qui, quando licuit usufructu uti, amisit eum non utendo; nam, si habere perseverasset usumfructum ad divortium, commodo mulieris cederet eius restitutio, quia, etsi non protinus ad ipsam transiret, tamen vel pretio vel beneficio sine incommodo mulieris ad proprietatem reverteretur. Si autem usumfructum maritus non amiserit, morte mulieris non finitur ususfructus apud maritum (aber vgl. §. 405. Anm. 4.). Divortio autem facto, primo videamus et in hac et in superiore specie, an pro rata temporis eius anni dividantur fructus, quod probandum est. Ipsius autem restitutio ita fiet, ut habenti mulieri fundum ususfructus cedatur et ita cum proprietate consolidetur. Sed et si non sit fundi domina, nihilominus competit dotis actio, ut dimittat a se maritus usumfructum; nam vel ex emto actione adhuc, ut usumfructum praestet, mulier tenetur, aut pretium eius consequi sperat, aut cuivis magis gratiam praestare, quam relinquere apud inimicum ius ad se translatum, licere ei civile est.

e) L. 78. §. 3. ibid. Uxor viro usumfructum dotis nomine dedit, manente matrimonio eidem fundum vendidit; quaesitum est, divortio facto quid dotis iudicio recuperare debeat? Dixit, referre, quanti fundus veniisset; nam si nudae proprietatis aestimatio facta fuisset, mulier dotis iudicio pretium ususfructus recuperare debet. Quid ergo est, si vir ante litem contestatam mortuus fuisset? Heredes eius nihil praestituros; nam etsi quilibet alius emtor proprietatis extitisset, heres viri nihil mulieri praestaret, scilicet usufructu reverso ad proprietatem. Ceterum si fundus totus veniisset, quanti debet venire non detracto usufructu, intelligi mulierem dotem manente matrimonio recepisse.

Vgl. noch zu a. b. d. L. 57. D. h. t. 24. 3. Usufructu in dotem dato, si divortium interveniret (§. 405. not. c.), nec proprietas rei apud maritum vel mulierem sit, eam dotis esse restitutionem, ut maritus caveat, quamdiu vixerit, passurum se uti frui mulierem heredemque eius: quod an verum sit circa adiectionem heredis, dubito. Interest, quemadmodum sit ususfructus in dotem datus. Si, quum haberet mulier fructum, viro, cuius erat proprietas fundi, usumfructum cessit (b), nihil mulier heredi suo relinquet; debebatur enim ei ususfructus, qui ad heredem non solet transire. Quodsi fundi sui fructum mulier viro cessit (d), restitui is a viro debet; cum proprietate enim ad heredem eius transiiset, si vir in reddendo eo non fecisset moram. Si vero alienata sit proprietas (d) aut

aliquis fundi sui usumfructum mulieris iussu viro eius dederit in dotem (a), inspiciendum est primum, quemadmodum mulieri possit restitui? potest autem vel cautionibus interpositis, ut, sicut potest, vir iure suo cedat mulieri fruique eam patiatur, vel, si se accomodaverit dominus proprietatis, volente eo mulieri constituatur ususfructus. Nam aut fructum fundi ille mulieri poterit cedere, aut aliquid videlicet pro eo, ut inter ipsos actum fuerit, dare; nam et finge, hoc ipsum mulierem posse proprietatis domino vendere; quo casu non inique etiam mulieris herede agente vir facere cogetur, quippe si moram non fecisset, pretium fructus mulier heredi suo reliquisset. Quodsi facultatem ususfructus vendendi domino mulier non habuerit, patientiam, quam percipiendi fructus praestare ipsi debuit, etiam heredi eius praestat.

Ein möglicher Fall ist noch f) daß die Ausübung eines bestehenden Ususfructus zur Dos gegeben worden; ungenau sagt davon Sint. §. 133. not. 84. „dieselbe endet einfach mit der Ehe"; sie ist dem Rückempfänger der Dos zu überlassen, der auch ein Anderer seyn kann, als der eigentliche Usufructuar. War endlich g) der Ususfructus zu dem Zweck eingeräumt, daß die Früchte das Dotalcapital bilden sollten, so muß der Werth der gezogenen oder aus Mangel der diligentia quam suis rebus vernachlässigten Früchte erstattet werden. L. 7. §. 2. D. de iure dot. 23. 3.

3 „Ueber die Verantwortlichkeit des Ehemanns in Bezug auf eine ihm versprochene Dos oder in dotem gegebene Forderung" vgl. vorzüglich Meyerfeld, im Rh. Mus. VII. 5., wobei insbesondere zu bemerken:

a) Es wird dem Manne nicht zum Verschulden angerechnet, wenn er den Vater als Besteller der dos profectitia oder auch den Dritten, der blos aus Liberalität gegen die Frau die Dos versprochen, nicht unnachsichtig zur Erfüllung des Dotalversprechens gedrängt hat. L. 33. D. 23. 3. Si extraneus sit, qui dotem promisit, isque defectus sit facultatibus, imputabitur marito, cur eum non convenerit, maxime si ex necessitate, non ex voluntate dotem promiserit. Nam, si donavit, utcunque parcendum marito, qui eum non praecipitavit ad solutionem, qui donaverat [quemque in id, quod facere posset, si convenisset, condemnaverat (Hal. *condemnaverit*); hoc enim Divus Pius rescripsit, eos, qui ex liberalitate conveniuntur, in id, quod facere possunt, condemnandos: cf. L. 41. pr. D. de re iud. 42. 1.]. Sed si vel pater vel ipsa promiserunt, Julianus quidem lib. 16. Dig. scribit, etiam, si pater promisit, periculum respicere ad maritum (cf. L. 30. §. 1. D. 24. 3.). Quod ferendum non est; debebit igitur mulieris esse periculum. Nec enim quisquam (Flor. *quidquam*) iudex propriis (Hal. *propitiis*) auribus audiet mulierem dicentem, cur patrem, qui de suo dotem promisit, non urserit ad exsolutionem, multo minus, cur ipsam non convenerit. Recte itaque Sabinus disposuit, ut diceret: quod pater vel ipsa mulier promisit, viri periculo non esse; quod debitor, id viri esse; quod alius, scilicet donaturus, eius periculo ait, cui adquiritur; adquiri autem mulieri accipiemus, ad quam rei commodum respicit. Meyerfeld a. a. O. §. 8...20.

b) Die Gefahr der Forderung trägt der Mann schlechthin *α*) von Anfang an, wenn durch einen delegirten Schuldner eine Summe als Dos versprochen worden. arg. L. 41. §. 3. D. 23. 3. cf. L. 46. pr. 53. eod. L. 6. D. de pact. dot. 23. 4. Meyerfeld §. 25. *β*) ex post facto, wenn er die Schuld ohne Zustimmung des Rückempfängers der Dos erläßt (etiamsi id propter egestatem soceri factum esset, sc. iniussu uxoris: L. 66. §. 6 D. h. t.), oder eine Novation vornimmt, oder gegen Verzinsung weiter creditirt (not. n.).

[4] Es ist möglich, daß der Gegenstand der Dos während der Ehe verändert wird, wo denn dasjenige zu restituiren ist, was an die Stelle des ursprünglichen Gegenstandes getreten. Dies kann durch Vertrag geschehen, mit Einwilligung nämlich des zur Rückforderung Berechtigten, nur nicht zum Nachtheil der Frau (§. 400.), und nicht durch ungültige donatio inter virum et uxorem; L. 25. 26. 27. 32. 38. D. de iure dot. 23. 3. L. 21. 32. D. de pact. dot. 23. 4. L. 7. §. 5. D. de don. int. v. et u. 24. 1.; oder auch durch andere Umstände, z. B. durch Evictionsleistung (not. e.), oder durch Theilung: L. 78. §. 4. D. de iure dot. 23. 3. Si fundus communis in dotem datus erit, et socius egerit cum marito communi dividundo, adiudicatusque fundus socio fuerit, in dote erit quantitas, qua socius marito damnatus fuerit; aut si omissa (Hal. *admissa*) licitatione extraneo addictus is fundus fuerit, pretii portio, quae distracta est *(quo distractus est?)*, sed ita, ut non vice corporis habeatur, nec divortio secuto praesenti die, quod in numero (Hal. *numerato*) est, restituatur, sed statuto tempore solvi debeat. Quodsi marito fundus fuerit adiudicatus, pars utique data in dotem dotalis manebit; divortio autem facto sequetur restitutionem *(dotis* oder *partis)*, propter quam ad maritum pervenit, etiam altera portio, scilicet ut recipiat tantum pretii nomine a muliere, quantum dedit ex condemnatione socio, nec audiri debebit alteruter eam aequitatem recusans, aut mulier in suscipienda altera parte quoque, aut vir in restituenda. Sed an constante matrimonio non sola pars dotalis sit, quae data fuit in dotem, sed etiam altera portio? videamus. Julianus de parte tantum dotali loquitur, et ego dixi in auditorio, illam solam dotalem esse. vgl. §. 402. not. l.

§. 407.

bb) Nebensachen.

Mit der Hauptsache muß auch alles dasjenige erstattet werden, was zu derselben inzwischen als Zuwachs des Dotalcapitals hinzugekommen ist [a], und kann in Beziehung darauf der Mann in gleicher Weise, wie rücksichtlich der Hauptsache, verantwortlich werden. Nur die Nutzung der Dos während der Ehe soll der Mann haben und daher, was er an Früchten, natürlichen oder

[a] L. 4. 10. §. 1. 2. L. 65. D. de iure dot. 23. 3. L. 7. §. 12. D. h. t. 24. 3. L. un. §. 9. Cod. de rei ux. act. 5. 13. cf. §. 401. 404. Anm. 2.

bürgerlichen, davon bezogen hat, ihm bleiben [b]; aber auch dieses nur entsprechend der Zeit, während welcher die Ehe bestand und die fruchterzeugende Sache wirklich dotal war. Vorher bezogene Früchte vermehren das Capital der Dos [c]; nachher aber ist der einer gewissen Zeitperiode entsprechende Fruchtertrag, sofern diese nicht auch ganz in die Ehe fällt, nach Verhältniß der Zeit zwischen dem Manne und dem Rückempfänger zu theilen, so daß nach Umständen jener von den noch während der Ehe gewonnenen Früchten einen Theil herausgeben muß oder von den später erst zu beziehenden einen Theil noch in Anspruch nehmen kann [d].

Anm. Das Princip der Früchtetheilung deutet im Allgemeinen an L. un. §. 9. Cod. cit. in den Worten: Sed et novissimi anni, in quo matrimonium solvitur, fructus pro rata temporis portione utrique parti debere adsignari ... in rebus scilicet non aestimatis: womit zu vgl. L. 7. §. 6. 7. D. h. t. Quod in anno dicitur, potest dici et in sex mensibus, si bis in anno fructus capientur, ut est in locis irriguis. Et in pluribus annis idem dici potest, ut in silva caedua. Großen Meinungsstreit aber hat veranlaßt L. 7. §. 1. D. eod. Papianus lib. 11. quaest., divortio facto, fructus dividi ait non ex die locationis, sed habita ratione praecedentis temporis, quo mulier in matrimonio fuit. Neque enim, si vindemiae tempore fundus in dotem datus sit, eumque vir ex calendis Novembribus primis fruendum locaverit, mensis Januarii suprema die facto divortio, retinere virum et vindemiae fructus, et eius anni, quo divortium factum est, quartam partem mercedis, aequum est; alioquin si coactis vindemiis altera die divortium intercedat, fructus integros retinebit. Itaque si fine mensis Januarii divortium fiat, et quatuor mensibus matrimonium steterit, vindemiae fructus et quarta portio mercedis instantis anni confundi debebunt, ut ex ea pecunia tertia portio viro relinquatur. §. 2. E contrario quoque idem observandum est: nam si mulier, percepta vindemia, statim fundum viro in dotem dederit, et vir ex calendis Martiis eundem locaverit, et calendis Aprilibus primis divortium fuerit secutum, non solum partem duodecimam mercedis, sed pro modo temporis omnium mensium, quo dotale praedium fuit, ex mercede, quae debebitur, portionem retinebit. — Ueber die verschiedenen Erklärungsversuche des §. 1. siehe Hasse im Rh. Mus. II. 1. fg. Francke im civ. Arch. XXX. 10. Vang. (6. Aufl.) §. 220. Anm. 2. Dem Resultat nach befriedigend wäre die von dem letzten zu Ehren gebrachte und von Böcking Pand. III. §. 14. not. e. als die „ungezwungenste" gebilligte Erklärung des Duarenus, wornach §. 1. sagen soll, der Ertrag der Weinlese sey mit $^3/_{12}$ des Pachtschillings so zu vereinigen, daß daraus das dem Manne (für die viermonatliche Dauer der Ehe) gebührende $^1/_3$ hervor-

[b] L. un. §. 7. 9. Cod. l. c. L. 7. pr. D. de iure dot. 23. 3. L. 20. Cod. eod. 5. 12.
[c] L. 7. §. 1. L. 47. eod. L. 6. in f. L. 31. §. 4. D. h. t. 24. 3. [d] L. un. §. 9. cit. L. 5...8. D. h. t. 24. 3.

gebe, zu dem Zwecke aber sey von der Weinärndte eben nur $^1/_{12}$ zu den $^3/_{12}$ des Pachtschillings hinzuzuthun. Schade nur, daß dieses Resultat nicht zu gewinnen ist, ohne den Worten und — der Logik des Verfassers der Stelle unleidliche Gewalt anzuthun; denn wo ist das Ganze, das jenem $^1/_3$ entspricht? Ist etwa auch $^1/_{12}$ von einem Scheffel Weizen + $^3/_{12}$ von einem Scheffel Roggen = $^1/_3$? Vgl. Brinkmann im civ. Arch. XXXVI. 15., welcher seinerseits durch Textverbesserung zu helfen versprochen hat.

§. 408.

cc) Gegenansprüche.

Gegenansprüche von Seiten des Mannes können wegen Verwendungen auf die Dos entstehen [a]. Wegen nothwendiger Verwendungen kann schlechthin Ersatz gefordert werden, bevor die Dos restituirt wird [b]; ja es wird dadurch das Capital der Dos soweit eine Aufrechnung möglich ist, von selbst vermindert und möglicher Weise aufgezehrt [c]. Es gilt dies von den zur Abwendung des Untergangs oder der Verschlechterung der Dotalgegenstände erforderlichen außerordentlichen und nicht unbedeutenden Verwendungen, wegen deren Unterlassung der Mann verantwortlich seyn würde, mit Ausschluß des gewöhnlichen Aufwands zur Erhaltung der Sachen, der als eine auf der Nutzung ruhende Last anzusehen ist [d]. Wegen blos nützlicher Verwendungen [e] kann die Restitution der Dos an die Frau oder deren Erben nicht vorenthalten oder verzögert werden, sondern ist deren Ersatz durch mandati oder negotiorum gestorum contraria actio besonders einzuklagen [f]; in Betreff blos zierender Verwendungen aber hat der Mann und dessen Erben lediglich das ius tollendi [g]. Sofern Früchte zu erstatten sind, werden davon, wie immer, die Kosten der Gewinnung in Abzug gebracht [h]. Uebrigens kann gleich dem Ersatz der Verwendungen auch Uebernahme der Verbindlichkeiten begehrt werden, welche der Mann bezüglich der Dotalgegenstände, ohne Verschulden von seiner Seite, contrahirt hat [i].

[a] Dig. de impensis in res dotales factis. 25. 1. [b] L. 5. pr. D. h. t. [c] L. 5. pr. §. 1. 2. eod. L. un. §. 5. Cod. de rei ux. act. 5. 13. §. 37. J. de act. 4. 6. cf. L. 56. §. 3. D. de iure dot. 23. 3. [d] L. 79. pr. D. de V. S. L. 1 . . . 4. 12. 14. pr. 15. 16. D. h. t. 25. 1. cf. L. 13. eod. L. 7. §. 16. D sol. matr. 24. 3. [e] L. 79. §. 1. D. de V. S. L. 5. §. 3. L. 6. 10 14. §. 1. D. h. t. 25. 1. [f] L. un. §. 5. Cod. cit. cf. L. 7. §. 1. L. 8. D. h. t. L. 7. §. 16. cit. [g] L. 7. pr. L. 9. 11. pr. 14. §. 1. D. h. t. L. un. §. 5. cit. [h] L. 16. D. h. t. [i] L. 55. D. sol. matr. 24. 3. cf. L. 1. §. 3. D. h. t. 25. 1. — L. 25. §. 4. D. sol. matr.

Anm. Nach altem Recht konnten retentiones ex dote stattfinden aut propter liberos aut propter mores aut propter impensas aut propter res donatas aut propter res amotas. Ulp. VI. §. 9...17. Im Justinianischen Recht sind die beiden ersten Gründe einer Retentio ganz beseitigt, in den drei andern Fällen aber ist, abgesehen von nothwendigen Verwendungen, eine Retention der Dos für unzulässig erklärt. L. un. §. 5. Cod. de rei uxor. act. Dies bezieht sich jedoch nicht auf die Restitution der dos receptitia an den fremden Besteller. L. un. §. 13. Cod. l. c. §. 405. Anm. 1.

§. 409.

γ) Zeit der Restitution.

Die Restitution der Dos kann regelmäßig erst nach Auflösung der Ehe, nur ausnahmsweise wegen Verarmung des Mannes [1] schon während derselben begehrt werden [a]. Aber auch nach Trennung der Ehe müssen nur Grundstücke sofort herausgegeben werden; andere Dotalgegenstände erst binnen einem Jahre [2], nach dessen Ablauf von selbst eine gesetzliche Zinspflicht zu 4 Procent für den ganzen Betrag des Werthes eintritt [b]. Jedoch gebühren die baaren Einkünfte auch von den als Species zu restituirenden beweglichen Sachen für diese Zeit dem Rückempfänger der Dos [c], während sonst das commodum temporis dem Manne oder dessen Erben zukommt [d].

Anm. [1] Nicht blos im Fall des Concursus: Seuffert's Arch. IV. 57.

[2] Nach altem Recht war Regel: Dos si pondere numero mensura contineatur, annua, bima, trima die redditur. — reliquae dotes statim redduntur. Ulp. VI. §. 8. Justinian hat dies abgeändert (not. b. c.).

δ) Klagen.

§. 410.

aa) Die persönliche Dotalklage [a].

Um die Rückgabe der Dos zu erwirken, hat der Berechtigte eine persönliche Klage gegen den Mann [1] und dessen Erben [b]. Gründet sich das Recht der Rückforderung lediglich auf besondere Verabredung, so bestimmt die Natur dieses Vertrages auch den Charakter der Klage, die darnach bald ex stipulatu bald prae-

[a] L. 29. Cod. de iure dot. 5. 12. (§. 404. not. e.). [b] L. un. §. 7. Cod. de rei ux. act. 5. 13. §. 208. Anm. 2. b. [c] L. un. §. 7. in f. cit. [d] L. 24. §. 2. D. sol. matr. 24. 3. §. 220. Anm. 2.

[a] L. un. Cod. de rei uxoriae actione in ex stipulatu actionem transfusa et de natura dotibus praestita. 5. 13. [b] L. 2. 9. Cod. sol. matr. 5. 18. L. 46. D. eod. 24. 3.

scriptis verbis actio ist [c]. Diejenigen Personen aber, welchen nach der Regel des Dotalrechts auch ohne besondere Verabredung die Rückforderung zusteht, haben in jedem Fall eine persönliche actio de dote [d], die, obwohl bonae fidei actio, und eine Stipulation nicht voraussetzend, von Justinian doch ex stipulatu actio genannt ist [2]. Zur Begründung dieser Klage ist der Beweis der Bestellung der Dos erforderlich [e], und, wenn diese zunächst durch Versprechen geschehen, nach Umständen, insbesondere immer dann, wenn der Rückfordernde selbst der Versprechende war, auch der Beweis der geschehenen Auszahlung [f]. Gegen eine Urkunde über Empfang der Dos, wenn nicht hinterher eine besondere Quittung über Auszahlung der versprochenen Dos ausgestellt ist [g], hat der Beklagte die querela oder exceptio non numeratae dotis, bis zum Ablauf eines Jahres oder dreier Monate nach Auflösung der Ehe, je nachdem diese höchstens zwei Jahre, oder länger als zwei, aber nicht länger als zehn Jahre, bestanden hat [h]; außerdem fällt die Querel ganz weg [3].

Anm. [1] War der Mann noch in väterlicher Gewalt, und die Dos dessen Vater zugekommen, so findet gegen diesen die Klage statt. L. 22. §. 12. L. 31. §. 3. D. sol. matr. 24. 3.

[2] Das ältere Recht unterschied die actio ex stipulatu, eine vererbliche stricti iuris actio, welche Stipulation der Rückgabe voraussetzte, von der eigentlichen in Ermangelung einer Verabredung stattfindenden actio de dote oder rei uxoriae actio, welche bonae fidei actio war, und nur der Frau oder deren Vater, nicht den Erben, zustand. Justinian, indem er auch in diesem Falle den Erben der Frau die Klage beilegen wollte, als ob die Rückgabe stipulirt wäre, nannte sie actio ex stipulatu, ertheilte dieser aber die Natur einer bonae fidei actio, deren Wirkungen er zugleich in einzelnen Punkten näher bestimmte.

[3] War der Mann bei Eingehung der Ehe noch minderjährig, so soll er im Ganzen eine Frist von 12 Jahren für die Querel haben, seine Erben jedoch höchstens nur noch ein Jahr von seinem Tode an, wenn nämlich der Rest jener Zeitfrist nicht ohnehin schon geringer ist. Sind die Erben des zur Querel noch berechtigt gewesenen Mannes noch minderjährig, so ist ihnen eine Frist von 5 Jahren seit dem Tode ihres Erblassers vergönnt. nov. 100. cap. 2. Streitig ist übrigens: ob diese Vorschrift überhaupt auf alle Dotalgegenstände, oder nur auf vertretbare sich beziehe? ob sie auf jeden Empfangschein über die Dos oder nur auf die in schriftlichem Ehevertrag (instrumentum dotale) enthaltene Angabe über Bestellung der Dos Anwendung finde? Gneist formelle Vertr. S. 32. fg.

[c] L. un. §. 13. cit. [d] L. un. pr. § 2. 4. 6. 14. Cod. l. c. §. 29. J. de act. 4. 6. cf. §. 405. [e] L. 1. Cod. de dote cauta non numerata. 5. 15. [f] L. 33. D. de iure dot. 23. 3. cf. §. 406. Anm. 2. [g] L. 14. §. 1. Cod. de non num. pec. 4. 30. [h] Nov. 100. cap. 1. 2. L. 3. Cod. de dote cauta. 5. 15.

Sint. §. 96. not. 30...34. §. 133. not. 36. Neuerdings aber ist auch hier die Ansicht verfochten, daß eine Suspension der Beweiskraft einer Empfangsbescheinigung überall nicht statt habe. Vgl. §. 262. 281.

§. 411.

bb) Dingliche Klagen.

Zur Sicherheit der Dotalforderung hat die Frau ein allgemeines Pfandrecht an dem Vermögen des Mannes [a]. Dieses beginnt mit dem Zeitpunkt der Bestellung, beziehungsweise der Auszahlung (Illation) der Dos [b]. Kraft desselben können daher auch die zur Dos gegebenen Sachen selbst mit der Pfandklage, und zwar vor andern Gläubigern des Mannes, in Anspruch genommen werden [c]. Justinian aber hat zudem der Frau das Recht gegeben, die noch vorhandenen Dotalsachen, ohne Unterschied, ob sie mit oder ohne Schätzung in dotem gegeben waren, sofort nach Auflösung der Ehe, wie im Fall der Verarmung des Mannes schon während derselben, als ihr gehörig mit der Eigenthumsklage in Anspruch zu nehmen [d]. Diese Klage dient ihr dazu, gegen jeden Besitzer die Sachen selbst zu erlangen, die Pfandklage schützt sie gegen diejenigen, welchen vom Manne ein Pfandrecht an denselben eingeräumt worden. Gegen beide Klagen findet keine Einwendung wegen Ersitzung oder Verjährung statt, wenn nicht seit Auflösung der Ehe oder Verarmung des Mannes die dazu erforderliche Zeit abgelaufen ist.

Anm. Die von Justinian a. p. Chr. 529. erlassene L. 30. Cod. l. c. sagt: In rebus dotalibus sive mobilibus sive immobilibus seu se moventibus, *si tamen extant*, sive aestimatae sive inaestimatae sint, mulierem in his vindicandis omnem habere post dissolutum matrimonium praerogativam iubemus, et neminem creditorum mariti, qui anteriores sint, posse sibi potiorem causam in his per hypothecam vindicare, quum eaedem res et ab initio uxoris fuerint et naturaliter in eius permanserint dominio.... Volumus itaque eam in rem actionem in huiusmodi rebus quasi propriis habere et hypothecariam omnibus anteriorem possidere, ut, sive ex naturali iure eiusdem mulieris res esse intelligantur, vel secundum legum subtilitatem ad mariti substantiam pervenisse videantur, per utramque viam, sive in rem sive hypothecariam, ei plenissime consulatur etc. Die Worte: *si tamen extant*, sind zu erklären: wenn die Sachen noch im Vermögen des Mannes vorhanden, also nicht von demselben

[a] L. un. §. 1. Cod. de rei ux. act. 5. 13. §. 29. J. de act. 4. 6. §. 373. Anm. 2. g. vgl. §. 385. not. c. d. [b] L. 19. Cod. de donat. ante nupt. 5. 3. [c] L. 30. Cod. de iure dot. 5. 12. [d] L. 30. Cod. l. c.

gültig veräußert sind, (cf. „si non fuerint alienatae vel consumtae vel suppositae", in L. 6. in f. Cod. de sec. nupt. 5. 9.); der Rückfall des Eigenthums geschieht ex nunc, nicht ex tunc (§. 128. Anm. Puchta §. 142. not. f. g.); sonst würde das Gesetz die Veräußerung aller Dotalsachen, selbst der ästimirten, dem Manne entzogen haben, was um so weniger anzunehmen ist, da Justinian erst später noch das Verbot der Veräußerung von Dotalgrundstücken besonders bestätigt und erweitert hat in L. un. §. 15. Cod. de rei ux. act. 5. 13. Die Auslegung des Gesetzes ist jedoch sehr streitig. Löhr im Mag. IV. 7. Sint. §. 133. not. 12. Insbesondere ist jetzt von Ihering in den Jahrb. f. Dogmatik I. S. 126. fg. S. 158. fg. die Ansicht vertheidigt: der Frau sey nur eine utilis rei vindicatio eingeräumt, die hier, wie in andern Fällen (§. 145. Anm. 3.) nur eine auf Eigenthumsübertragung gerichtete persönliche Klage sey.

§. 412.

B. Paraphernalgut der Frau.

Das Vermögen der Frau, welches nicht zur Dos gegeben ist, wird mit dem griechischen Ausdrucke *παράφερνα* bezeichnet [a]. Auf dieses Vermögen und dessen Verwaltung hat die Ehe an sich keinen juristischen Einfluß. Der Mann hat in Beziehung darauf nur so viel Befugnisse als ihm die Frau einräumt [b]. Diese kann ihm die Verwaltung und zum Zwecke derselben selbst das Eigenthum für die Zeit der Ehe übertragen [c]; aber es entsteht daraus kein eigenthümliches eherechtliches Verhältniß [d]; nur haftet der Mann auch hier, wie bezüglich der Dotalsachen, nur für diligentia quam suis rebus [e], und hat die Frau wegen ihrer daraus hervorgehenden Ansprüche ein gesetzliches Pfandrecht [f].

Anm. [1] Die heutige Terminologie nennt bona apapherna insbesondere diejenigen Güter der Frau, deren Verwaltung dem Manne überlassen ist, arg. L. 11. Cod. cit. „ut loco paraphernorum apud maritum maneant"; diejenigen dagegen, deren Verwaltung die Frau selbst behält, bona receptitia, nach Gell. noct. att. XVII. 6. „servum receptitium, hoc est, proprium servum suum, quem cum pecunia reliqua receperat neque dederat doti, sed retinuerat." Der letzte Ausdruck kann leicht zu dem Irrthum verleiten, als müsse sich die Frau die Verwaltung besonders vorbehalten.

[2] In Ansehung der von der Frau als ihr gehörig besessenen Güter stellt das R. R. eine eigenthümliche Vermuthung auf (sog. praesumtio Muciana.)

[a] L. 8. Cod. de pact. conv. 5. 14. [b] L. 8. Cod. cit. L. 17. Cod. de donat. int. v. et u. 5. 16. [c] L. 9. §. 3. D. de iure dot. 23. 3. L. 11. Cod. de pact. conv. 5. 14. [d] L. 9. §. 3. in f. cit. [e] L. 11. in f. Cod. cit. [f] L. 11. cit. cf. §. 373. Anm. 2. g. *β*.

L. 51. D. de donat. int. v. et u. 24. 1. (Pomp. lib. 5. ad Quintum Mucium.) Quintus Mucius ait: cum in controversiam venit, unde ad mulierem quid pervenerit, et verius et honestius est, quod non demonstratur unde habeat, existimari a viro aut qui in potestate eius esset, ad eam pervenisse. Evitandi autem turpis quaestus gratia circa uxorem hoc videtur Qu. Mucius probasse (vgl. §. 414.).

§. 413.

C. Donatio propter nuptias[a].

Donatio propter nuptias, vor Justinian ante nuptias donatio genannt, ist ein besonderes Rechtsinstitut, ähnlich der Dos, eine Gabe nämlich von Seite des Mannes zu Gunsten der Frau, für den Fall seiner Verarmung oder der Trennung der Ehe durch seine Schuld oder auch durch seinen Tod[b]. Sie ist in ihrer römischen Bedeutung kein praktisches Institut des heutigen gemeinen Rechts[1]. In einem andern Sinn heißt donatio ante nuptias oder sponsalitia eine Schenkung, die unter Verlobten, in Rücksicht auf die beabsichtigte Ehe, gemacht wird[c]. Eine solche kann, wenn die Ehe nicht erfolgt, zurückgefordert werden, es trüge denn der Geber die Schuld der Auflösung des Verlöbnisses[d]; jedoch die Schenkung des Bräutigams an die Braut, interveniente osculo[2], nur zur Hälfte, wenn das Verlöbniß durch den Tod aufgelöst wird[e].

Anm. [1] Das Wesen der römischen donatio propter nuptias ist sehr streitig. Vgl. Burchardi im civ. Arch. IX. 4. Warnkönig das. XIII. 1. Löhr XV. 20. XVI. 1. und Francke das. XXVI. 1. Sint. §. 132. not. 3. Aehnliche, auch wohl mit demselben Namen bezeichnete Verhältnisse des deutschen Rechts, sind davon wohl zu unterscheiden. Phillips deutsches Privatrecht. §. 132. 133. vgl. Bayr. Landr. I. 6. §. 14.

[2] Puchta §. 424. not. b. „Es bedarf zur Erklärung dieser Bestimmung keiner künstlichen Herleitung aus dem alten Verwandtschaftsrecht, wie sie Klenze (Ztschr. f. gesch. Rtsw. VI. S. 72. fg.) versucht hat. Der Kuß soll das Kennzeichen eines Verlöbnisses seyn, das ein näheres Verhältniß unter den Verlobten wirklich zur Folge gehabt hat.“ Dagegen Sint. §. 135. not. 10. 11. Ueber muthmaßlichen Zusammenhang der von Constantin ad Tiberianum vicarium Hispaniarum gerichteten Constitution mit einer spanischen Sitte vgl. Spangenberg, prakt. Erörtr. I. 9.

[a] Cod. de donationibus ante nuptias vel propter nuptias et sponsalitiis 5. 3. [b] L 17...20. Cod. l. c. Nov. 61. 97. 109. [c] L. 1...16. Cod. l. c. cf. L. 32. §. 28. D. de don. int. v. et u. 24. 1. [d] L. 15. Cod. l. c. [e] L. 16. Cod. L. c.

§. 414.

D. Schenkungen unter Ehegatten [a].

Schenkungen unter Ehegatten, also während des Bestehens einer gültigen Ehe [b], nicht vor deren Eingehung [c] oder nach deren Auflösung [d], sind ungültig [1]; es soll nicht der eine sein Vermögen auf Kosten des andern durch dessen Freigebigkeit bereichern [2]. Die Schenkung ist nichtig [e]; die geschenkte Sache geht nicht in das Eigenthum des Beschenkten über [f]; das Schenkungsversprechen erzeugt keine Klage, die schenkungsweise gewährte Schuldbefreiung ist als nicht geschehen zu betrachten [g]; eine Condictio steht dem Schenker zu, wo sonst auf seine Kosten dem Vermögen des andern ein Vortheil zugegangen ist [h], und so auch, wenn der Beschenkte den ursprünglichen Gegenstand der Schenkung nicht mehr hat [i]. Aber die Klage geht nur auf die dem Beschenkten gebliebene Bereicherung [k]; dieser behält auch die Früchte, welche er durch seinen Fleiß von der Sache gewonnen hat [l].

Ueberlebt jedoch der Schenker den Beschenkten nicht, so wird durch seinen Tod die Schenkung vollgültig und unanfechtbar [m], convalescit donatio [3], wenn er nicht seinen Willen geändert hat [n], vorausgesetzt, daß die Schenkung aus keinem andern Grunde, als der Ehe wegen, ungültig war [o]. Eine Schenkung auf den Todesfall ist als solche unter Ehegatten immer gültig [p].

Anm. 1 Vgl. überhaupt Savigny System IV. S. 165...194. Die Regel erstreckt sich auch auf Schenkungen von und an Personen, welche mit dem einen Ehegatten durch das Band der väterlichen Gewalt verbunden sind, sowie unter denjenigen, welche mit dem einen und welche mit dem andern Ehegatten in solcher Verbindung stehen: mit Ausnahme der Schenkungen aus oder zum peculium castrense oder quasi castrense. L. 3. §. 2...8. L. 32. §. 16...21. D. h. t. L. 4. 5. Cod. eod. cf. L. 62. pr. D. eod. Diese Ausdehnung hatte ihren Grund in dem vermögensrechtlichen Einfluß der väterlichen Gewalt nach älterm

[a] Dig. de donationibus inter virum et uxorem. 24. 1. Cod. de donationibus int. vir. et ux. et a parentibus in liberos factis et de ratihabitione. 5. 16. [b] L. 3. §. 1. L. 65. D. h. t. cf. L. 32. §. 27. 28. eod. L. 7. Cod. h. t. L. 4. Cod. de incest. nupt. 5. 5. [c] L. 27. 66. §. 1. D. h. t. L. 1. §. 1. D. de donat. 39. 5. L. 6. Cod. de don. ante nupt. 5. 3. cf. L. 5. pr. 24. D. h. t. L. 4. Cod. de don. ante nupt. 5. 3. L. 32. §. 22. D. h. t. [d] L. 35. 64. D. h. t. [e] L. 3. §. 10. eod. [f] L. 3. §. 11. L. 5. §. 18. L. 33. §. 1. L. 36. pr. eod. [g] L. 3. §. 10. L. 5. §. 1...5. eod. [h] L. 5. §. 6. 7. eod. [i] L. 5. §. 18. L. 6. eod. [k] L. 7. pr. §. 3. L. 33. §. 1. eod. cf. §. 145. Anm. 3. 10. [l] L. 15. §. 1...L. 17. pr. eod. L. 45. D. de usur. 22. 1. [m] L. 32. D. h. t. [n] L. 32. §. 3...5. 15. eod. L. 12. Cod. h. t. cf. L. 22. D. de probat. 22. 3. nov. 162. cap. 1. (ungloffirt.) [o] L. 25. Cod. h. t. [p] L. 9. §. 2. L. 10. 11. D. h. t.

Recht, der bei jenen beiden Peculien ausgeschlossen war. Nach Justinianischem Recht (§. 429.) wäre es nun zwar consequent gewesen, ebenso auch in andern Fällen dieser Art eine Aenderung der Regel anzunehmen, und so behauptet auch Savigny a. a. O. S. 172., die Schenkung an die Kinder in der Gewalt des Mannes sey nun gültig, mit Ausschließung des väterlichen Nutzungsrechts. Aber in den Pandekten sind noch die Grundsätze des ältern Rechts vollständig aufgenommen. — Schlechthin ausgenommen von der Regel sind Schenkungen zwischen dem Regenten und dessen Gattin. L. 26. C. h. t.

[2] L. 1. D. h. t. Moribus apud nos receptum est, ne inter virum et uxorem donationes valerent. Hoc autem receptum est, ne mutuato amore invicem spoliarentur, donationibus non temperantes, sed profusa erga se facilitate. L. 3. pr. eod. Haec ratio et oratione imperatoris nostri Antonini Augusti electa est; nam ita ait: *Maiores nostri inter virum et uxorem donationes prohibuerunt, amorem honestum solis animis aestimantes, famae etiam coniunctorum consulentes, ne concordia pretio conciliari videretur, neve melior in paupertatem incideret, deterior ditior fieret.* cf. L. 28. §. 2. eod. Et sane non amare nec tanquam inter infestos ius prohibitae donationis tractandum est, sed ut inter coniunctos maximo affectu et solam inopiam timentes. Nur Schenkungen, mit Verminderung des einen zur Bereicherung des andern Vermögens, fallen demnach unter die Regel: L. 5. §. 8...17. L. 7. §. 1. 2. D. h. t. cf. L. 25. eod.; nicht bloße Gewährung des Mitgenusses einer Sache, L. 18. 31. §. 1. eod., oder Gaben des Mannes zu Bestreitung gewöhnlicher Bedürfnisse, L. 15. pr. 21. pr. 31. §. 8. cf. L. 33. §. 1. eod.; nach besonderer Bestimmung auch nicht die zum Wiederaufbau eines zerstörten Gebäudes, L. 14. eod.; sodann auch nicht donationes honoris s. dignitatis mariti causa, L. 40...42. eod., oder exilii causa, L. 43. eod., oder divortii causa, „quae tamen sub ipso divortii tempore, non quae ex cogitatione quandoque futuri divortii fiunt: L. 11. §. 11. L. 12. 13. pr. 60. §. 1. L. 61. 62. eod. Uebrigens bezieht sich die Regel auf jede Art von Schenkung (dando, promittendo, liberando). L. 3. §. 9...L. 4. 5. §. 1...4. D. h. t., auch die unter dem Schein eines onerosen Geschäfts verdeckte, L. 5. §. 5. L. 7. §. 6. L. 31. §. 3...5. L. 52. pr. D. eod. Vgl. noch insbesondere L. 44. eod. Si extraneus rem viri, ignorans eius esse, ignoranti uxori, ac ne viro quidem sciente eam suam esse, donaverit, mulier recte eam usucapiet. Idemque iuris erit, si is, qui in potestate viri erat, credens se patremfamilias esse, uxori patris donaverit. Sed si vir rescierit suam rem esse, priusquam usucapitur, vindicareque eam poterit nec volet, et hoc et mulier noverit, interrumpetur possessio, quia transit in causam ab eo factae donationis. Ipsius mulieris scientia propius est ut nullum adquisitioni dominii eius adferat impedimentum; non enim omnimodo uxores ex bonis virorum, sed ex causa donationis ab ipsis factae adquirere prohibitae sunt. Savigny in der Ztschr. f. gesch. Rtsw. I. 10. (vermischte Schriften III. 25.) hat zuerst diese Stelle mit Herstellung der richtigen Interpunction (vor Ipsius statt hinter scientia) befriedigend erklärt: vgl. Sav. Syst. IV. S. 570. fg.

[3] Dies wurde als Neuerung eingeführt durch eine Oratio des Antoninus Caracalla, „ante excessum Divi Severi patris sui", L. 32. pr. D. h. t. vgl. §. 2. ibid. Ait oratio: *Fas esse, eum quidem, qui donavit, poenitere, heredem vero eripere forsitan adversus voluntatem supremam eius, qui donaverit, durum et avarum esse.* §. 14. ibid. Ait enim oratio: *si prior vita decesserit, qui donatum acceperit;* non videtur autem prior vita decessisse, qui donatum accepit, cum simul decesserint (cf. §. 27. Anm. 2.). — Sehr streitig aber ist die Frage: ob auch das nicht erfüllte Schenkungsversprechen durch den Tod des Versprechenden convalescire? verneint von Wächter im civ. Arch. XVI. 4. Vang. §. 225. Anm. 2. u. a. arg. L. 23. D. h. t. (Ulp. lib. 6. ad Sab.) Papinianus recte putabat, orationem Divi Severi ad rerum donationem pertinere: denique si stipulanti spopondisset uxori suae, non putabat conveniri posse heredem mariti, licet durante voluntate decesserit; dagegen bejaht von Löhr im civ. Arch. XVI. 9. (welcher in L. 23. cit. das *recte* ausstreicht), Puchta im Rh. Mus. VI. 9., kl. Schriften S. 332. fg. (welcher L. 23. cit. auf eine frühere beschränktere Oratio des Severus bezieht, cf. Vat. fragm. §. 276. L. 3. Cod. h. t.), Savigny IV. S. 190. fg. (welcher in L. 23. den zweiten Theil als blos referirend, nicht billigend, auffaßt), und zwar arg. a) L. 32. §. 1. D. h. t. Oratio ... pertinet ... ad omnes donationes inter virum et uxorem factas, ut et ipso iure res fiant eius, cui donatae sunt, et obligatio sit civilis. cf. L. 32. §. 23...26. eod. b) L. 23. pr. eod. Si stipulata fuerit mulier annuum ... si manente matrimonio decessisse maritus proponatur, puto, quia in annuo quoque donatio vertitur, posse dici, stipulationem (al. *donationem*) confirmari ex senatusconsulto. §. 2. Et si forte maritus ab uxore stipulatus sit id annuum decesseritque mulier constante matrimonio, dicendum erit, ex oratione donationem convalescere. c) Nov. 162., cap. 1. §. 1., welche ausdrücklich und allgemein die Convalescenz des Schenkungsversprechens anerkennt, jedoch nicht glossirt ist. Vgl. auch noch L. 2. Cod. de dote cauta. 5. 15.

§. 415.

E. Entwendungen unter Ehegatten[a].

Wegen Entwendungen, die ein Ehegatte gegen den andern begangen, findet selbst nach Auflösung der Ehe nicht die actio furti statt, sondern nur reipersecutorische Klagen[b]. Eine besondere Klage aber, actio rerum amotarum, ist für den Fall einer Entwendung gegeben, die ein Ehegatte gegen den andern oder denjenigen, in dessen Gewalt dieser steht[c], mit Rücksicht auf bevorstehende Scheidung begangen hat[d], wenn die Scheidung wirklich

[a] Dig. de actione rerum amotarum. 25. 2. Cod. 5. 21. [b] L. 2. 3. §. 2. L. 22. §. 1. L. 24. 25. D. h. t. cf. L. 2. Cod. h. t. [c] L. 6. 15. §. 1. D. eod. [d] L. 11. §. 1. L. 17. §. 1. L. 20. 21. pr. eod.

erfolgt [e]. Die Klage ist eine Condictio [f], gleich der condictio furtiva auf Ersatz gerichtet [g], auch als actio de peculio möglich [h]. Sie wird aber auch schon durch die bloße Beihülfe des Gatten zur Entwendung begründet, ohne daß die Sache an diesen gekommen ist [i], und wird in einer Stelle [k] auch bezüglich der Anstellung gegen die Erben des Schuldigen gleich einer Delictsklage behandelt. Ist dem einen Ehegatten eine ihm nicht gehörige Sache, für die er einem Dritten verantwortlich ist, durch den andern entwendet worden, so ist die actio rerum amotarum schon während der Ehe zuläſſig [l].

§. 416.

F. Vermögensrechtliche Folgen der Ehescheidung.

Die Ehescheidung kann, abgesehen von den Folgen der Auflösung der Ehe überhaupt, noch besondere vermögensrechtliche Wirkungen haben. Nach römischem Recht sind 1) bedeutende Vermögensnachtheile als Strafen gesetzwidriger Scheidung festgesetzt [a]. Diese sind jetzt unpraktisch, weil nach heutigem Recht eine Ehescheidung durch Privatwillkür gar nicht mehr stattfindet. 2) Solche Vermögensnachtheile sind aber auch, und zwar zum Vortheil des andern Ehegatten, demjenigen angedroht, welcher die Ehescheidung verschuldet, indem er durch sein Betragen eine rechtmäßige Ursache dazu gegeben hat [b], und diese Bestimmungen sind auch heutzutage noch anwendbar [1], nicht nur bei vollständiger Auflösung der Ehe (quoad vinculum) nach protestantischem Eherecht, sondern auch bei der nach katholischem Eherecht allein möglichen Trennung von Tisch und Bett [c]. Es verliert nämlich a) die schuldige Frau an den Mann die Dos, welche sonst an sie zurückfallen würde, und, wenn sie keinen solchen Dotalanspruch hat, ein Viertheil ihres Vermögens, jedoch nicht über hundert Pfund Goldes; ist sie des Ehebruchs überführt, so wird diese Strafe noch um $1/3$ erhöht. b) Der Mann als schuldiger Theil hat umgekehrt an die Frau nebst der Dos die

[e] L. 25. 30. eod. cf. L. 6. §. 3...6. eod. — L. 2. Cod. h. t. [f] L. 26. D. eod. [g] L. 17. §. 2. L. 21. §. 3...6. eod. [h] L. 3. §. 4. L. 6. §. 2. D. eod. [i] L. 19. 20. eod. [k] L. 3. Cod. h. t. cf. L. 6. §. 4. D. h. t. §. 104. Anm. 2. [l] L. 22. §. 4. Cod. de furt. 6. 2.

[a] Nov. 117. cap. 13. nov. 127. cap. 4. nov. 134. cap. 11. cf. nov. 140. L. 8...11. Cod. de repud. 5. 17. [b] Nov. 117. cap. 8. 9. cf. L. 11. §. 1. Cod. l. c. [c] arg. cap. 4. X. de donat. int. v. et u. 4. 20.

donatio propter nuptias [2], und in Ermanglung einer solchen ebenfalls ein Viertheil seines Vermögens (mit gleicher Beschränkung) herauszugeben, noch um 1/3 dieses Betrages mehr aber, wenn er die Frau fälschlich des Ehebruchs angeklagt oder durch Unterhaltung einer Beischläferin ihr zur Scheidung Ursache gegeben hat. Sind Kinder aus der Ehe vorhanden, so ist diesen die Proprietät an dem fraglichen Vermögen vorbehalten; der unschuldige Ehegatte erhält nur den Nießbrauch daran. c) Außerdem verliert natürlich jeder Ehegatte durch die Scheidung diejenigen Vermögensvortheile, welche ihm im Fall der Aufhebung der Ehe durch den Tod zugekommen wären [d], und besteht in dieser Beziehung die Vermuthung, daß, was ein Ehegatte dem andern letztwillig zugedacht hat, diesem nur im Falle der Trennung der Ehe durch den Tod, nicht auch im Falle der Scheidung, hinterlassen seyn solle [e].

Anm. [1] Vgl. darüber, so wie über verschiedene streitige Punkte in dieser Lehre Sint. III. §. 136.

[2] Da nach nov. 97. cap. 1. der Dos immer eine donatio propter nuptias von gleichem Vermögensbetrage entsprechen und hierin eine völlige Gleichstellung beider Ehegatten stattfinden sollte, so behaupten Manche, daß nun heutzutage, wenn eine Dos ohne entsprechende donatio propter nuptias bestellt sey, anstatt der letzten der schuldige Mann einen der ersten gleichkommenden Betrag aus seinem Vermögen zu zahlen habe. Göschen §. 718. Sint. a. a. O. S. 82.

§. 417.

G. Folgen der Wiederverheirathung [a].

Mit der Wiederverheirathung nach Auflösung einer frühern Ehe verbindet das römische Recht verschiedene vermögensrechtliche Folgen, wesentlich zu Gunsten der Kinder aus der frühern Ehe, zum Nachtheil aber des sog. coniux oder parens binubus (oder auch trinubus u. s. w.). Man nennt sie, obwohl nicht ganz passend, poenae secundarum nuptiarum [1].

1) Der Binubus verliert an die Kinder aus der frühern Ehe die Proprietät der sog. lucra nuptialia, d. h. aller derjenigen Güter, welche er von Seiten des frühern Ehegatten, sey es durch Schenkung oder letztwillige Verfügung oder durch Dos oder Donatio propter nuptias, gewonnen hat [2]; er behält daran nur den Nieß-

[d] L. 62. §. 1. D. de donat. int. v. et u. 24. 1. cf. L. un. §. 1. D. de b. p. unde vir. 38. 11. [e] L. 49. §. 6. D. de legat. III. L. 3. C. de auro 34. 2. cf. L. 11. §. 10. D. de donat. int. v. et u. 24. 1.

[a] Cod. de secundis nuptiis. 5. 9.

brauch. Die Veräußerung dieser Güter, selbst die schon vor Eingehung der andern Ehe vorgenommene, ist zu Gunsten der Kinder ungültig [3], kann jedoch von diesen oder deren Nachfolgern erst nach dem Tode des Parens binubus angefochten werden, und convalescirt, soweit durch den frühern Tod eines Kindes die Proprietät an jenen zurückkommt. Die Proprietät fällt an die Kinder nach Ordnung der gesetzlichen Erbfolge, aber ohne Rücksicht darauf, ob sie Erben des erst verstorbenen Parens geworden sind, jedoch mit Ausschluß derjenigen, welche gegen diesen sich einer Enterbungsursache schuldig gemacht haben [b]. Bestand das lucrum nuptiale an sich schon im Nießbrauch, so erleidet es durch die Eingehung der andern Ehe keine Schmälerung [c]. Den Kindern aus dieser Ehe soll andererseits die Dos oder Donatio propter nuptias, welche der Binubus daher bezogen hat, ebenfalls ungeschmälert vorbehalten seyn [d].

2) Der Binubus kann dem neuen Ehegatten auf keine Weise, weder inter vivos noch mortis causa, von seinem Vermögen mehr zuwenden, als das am wenigsten bedachte seiner Kinder aus der frühern Ehe, es sey denn ein solches, das er hätte enterben können, bekommt [e]. Ob diese Vorschrift verletzt sey, bestimmt sich nach den Verhältnissen zur Zeit des Todes des Binubus. Das dem zweiten Ehegatten zu viel Gegebene wird unter die Kinder voriger Ehe zu gleichen Theilen vertheilt [4]. Auch eine Verminderung der Dos oder Donatio propter nuptias für die zweite Ehe ist ungültig, sofern dadurch der zweite Ehegatte obiger Vorschrift zuwider begünstigt wird [f].

3) Der Parens binubus [5] bleibt nicht ferner befreit von Cautionsleistung für Vermächtnisse, die er an Kinder voriger Ehe zu entrichten hat [g].

4) Die Mutter, welche ein Kind früherer Ehe mit Geschwistern desselben zusammen ab intestato beerbt hat [6], verliert durch Eingehung einer andern Ehe die Proprietät an ihrem Erbtheil zum Vortheil ihrer Miterben, und behält nur den Nießbrauch. Tritt der Erbfall erst nachher ein, so erhält sie von Anfang an nur den Nießbrauch daran [h].

[b] Nov. 22. cap. 22...26. cf. nov. 2. cap. 1. 2. 4. L. 6. §. 1. Cod. h. t. 5. 9. cf. §. 373. Anm. 2. f. β. [c] Nov. 22. cap. 32. 33. cf. L. un. Cod. si secundo nupserit mulier, cui maritus usumfructum reliquit. 5. 10. [d] nov. 22. cap. 29. [e] L. 6. Cod. h. t. nov. 22. cap. 27. 28. [f] L. 19. Cod. de donat. ante nupt. 5. 3. nov. 22. cap. 31. [g] L. 6. §. 1. Cod. ad Sc. Trebell. 6. 49. nov. 22. cap. 41. [h] nov. 22. cap. 46. cf. nov. 2. cap. 3.

5) Die mater binuba ist in Rücksicht des Widerrufs von Schenkungen an die Kinder voriger Ehe mehr beschränkt, wie sonst [i].

6) Dieselbe verliert die Vormundschaft über jene Kinder [k], sowie auch den vorzugsweisen Anspruch auf deren Erziehung [l], und erleidet zudem noch dieselben Nachtheile, wie bei Verletzung des Trauerjahrs (§. 418.), wenn sie zur andern Ehe geschritten ist, bevor sie jenen Kindern einen andern Vormund erbeten, Rechnung gelegt und ihre Verbindlichkeiten aus der Vormundschaft erfüllt hat [m].

Außerdem verliert der Ehegatte durch Wiederverheirathung dasjenige, was ihm von irgend jemanden unter der Bedingung oder Auflage, im Wittwenstande zu bleiben (indicta viduitate), zugewendet worden ist [n].

Anm. 1 Eine übersichtliche Darstellung derselben gibt Geiger in Linde's Ztschr. XIX. 7. vgl. Vang. §. 227. Anm. 1. Insbesondere über die Frage, ob der erstversterbende Ehegatte dem Ueberlebenden durch letzten Willen die Strafen der zweiten Ehe erlassen könne? Geiger a. a. O. S. 222. fg., gegen diesen aber Majer in Linde's Ztschr. n. F. V. 7.

2 Die Proprietät der Dos, welche der Mann, beziehungsweise der donatio propter nuptias, welche die Frau lucrirte, sollte nach nov. 98. schlechthin, ohne Rücksicht auf eine zweite Ehe, den Kindern vorbehalten seyn; aber durch nov. 127. cap. 3. wurde dem überlebenden Ehegatten zu einem Kopftheil das Eigenthum gegeben, und darauf findet nun auch die obige Rechtsvorschrift Anwendung. Vgl. Marezoll in Linde's Ztschr. III. 5.

3 Sofern die lucra nuptialia beim Tode des Parens noch vorhanden, weder veräußert noch consumirt worden sind, sollen sie, auch wenn jener nicht eine andere Ehe eingegangen war, doch den Kindern zukommen, ohne Rücksicht darauf, ob sie jenen beerbt haben oder nicht. L. 5. §. 2. L. 6. §. 3. Cod. h. t. 5. 9.

4 Die Meinung, daß auch der zweite Ehegatte mit theile, gründet sich auf offenbar falsche Erklärung der Worte: hoc autem, quod plus est, divident ad invicem grati filii parentibus (nov. 22. cap. 27.), wie aus dem griechischen Texte vollends unzweifelhaft hervorgeht.

5 Ohne Grund beschränken Viele dieses blos auf den Vater, und nur auf einen ganz speciellen Fall will es beschränken Marezoll in Linde's Ztschr. V. S. 372. fg.

6 Viele dehnen dieses nach nov. 118. auch auf den Vater aus, welcher bis

i L. 7. Cod. de revoc. donat. 8. 56. nov. 22. cap. 35. k nov. 22. cap. 40. nov. 94. cap. 2. l nov. 22. cap. 38. L. 1. Cod. ubi pup. 5. 49. m nov. 22. cap. 40. n nov. 22. cap. 43. 44. cf. Cod. de indicta viduitate et lege Julia Miscella tollenda. 6. 40. cf. §. 72. Anm. 5.

dahin nicht mit Geschwistern zusammen sein Kind beerben konnte, und es ist nicht zu läugnen, daß die Gleichstellung beider Aeltern in dieser Beziehung an sich angemessen scheint. Dagegen aber Marezoll a. a. O. S. 397. fg.; gegen diesen wieder Geiger a. a. O. S. 204. fg.

§. 418.

H. Besondere Folgen vorzeitiger Wiederverheirathung.

Nach Auflösung der Ehe, durch Tod des Mannes oder durch Scheidung, soll die gewesene Gattin nicht vor Ablauf eines Jahrs, des uneigentlich sog. Trauerjahrs [1], zu einer andern Ehe schreiten, damit nicht eine Ungewißheit der Vaterschaft für die nachher von ihr geborenen Kinder entstehe, sie hätte denn noch innerhalb jener Frist geboren, wodurch die Gefahr solcher Ungewißheit beseitigt ist. Die Verletzung dieser Vorschrift hatte nach dem prätorischen Edict für die Frau selbst und für diejenigen, welche außer ihr an der Schließung der Ehe Theil haben, Infamie zur Folge [a]. Die Frau sollte aber zudem nach neueren Gesetzen [b] alles, was sie vom vorigen Manne erhalten, an dessen Descendenten, Ascendenten oder Seitenverwandte bis zum zweiten Grade, und in deren Ermangelung an den Fiscus verlieren, dem neuen Gatten auf keine Weise mehr als ein Drittheil ihres Vermögens zuwenden können, und unfähig seyn, durch Schenkung oder letzten Willen etwas zu erwerben oder andere Personen, außer Verwandten bis zum dritten Grad einschließlich, ab intestato zu beerben, und diese Strafen sollen ihr selbst durch den Regenten nicht erlassen werden können, wenn sie nicht sofort die Hälfte ihres Vermögens vollständig ihren Kindern abtritt. Dieselben Strafen sollen nach Justinians Vorschrift [c] die Frau auch dann treffen, wenn sie innerhalb des Jahrs ein Kind gebärt, von dem es gewiß ist, daß nicht ihr voriger Mann dessen Vater sey.

Das canonische Recht hat jedoch die Infamie wegen Verletzung des Trauerjahres aufgehoben [d], und darauf gestützt hat die Praxis überhaupt jene Strafen beseitigt, nur die Bestrafung der Unzucht innerhalb desselben durch Verlust der lucra nuptialia beibehalten [2].

[a] L. 1. 8...13. §. 4. D. de his qui not. infam. 3. 2. L. 8. §. 4. L. 9. Cod. de repud. 5. 17. L. 2. Cod. de sec. nupt. 5. 9. cf. §. 31. Anm. 1. [b] Nov. 22. cap. 22. cf. L. 1. 2. Cod. l. c. L. 4. Cod. ad Sc. Tertull. 6. 56. [c] Nov. 39. cap. 2. [d] cap. 4. 5. X. de sec. nupt. 4. 21.

Anm. [1] Das ältere Recht gebot überhaupt nach dem Tode naher Angehöriger die Beobachtung einer gewissen Trauerzeit, tempus lugendi, deren Verletzung Infamie nach sich zog. fragm. Vat. §. 320. 321. cf. L. 25. pr. D. de his qui not. infam. 3. 2. Dies fiel später weg. L. 9. 11. pr. 23. D. l. c. Für die Frau aber blieb es bestehen propter turbationem sanguinis, L. 11. §. 1. D. l. c., wurde aus diesem Grunde aber auch für den Fall der Scheidung angenommen, L. 9. Cod. de repud., und die frühere Zeit von 10 Monaten (fragm. Vat. §. 321.) auf ein Jahr erstreckt, L. 2. Cod. de sec. nupt., wodurch der angedeutete Gesichtspunkt einigermaßen verrückt worden ist. Gleichwohl wurde in L. 11. §. 2. D. l. c. der Satz aufgenommen: eam, quae intra legitimum tempus partum ediderit, statim posse nuptiis se collocare, welchen freilich Vang. §. 227. Anm. 2. u. a. mit Rücksicht auf L. 11. §. 1. 3. ibid. auf den Fall beschränken wollen, si talis sit maritus, quem more maiorum lugeri non oportet, wie perduellionis damnati, suspendiosi oder qui manus sibi intulerunt mala conscientia.

[2] Das cap. 4. X. l. c. sagt: Super illa quaestione, qua quaesitum est, an mulier possit sine infamia nubere intra tempus luctus secundum leges definitum, respondemus, quod, cum apostolus dicat: *mulier viro suo mortuo soluta est a lege viri sui et in Domino nubat, cui voluerit,* per licentiam et auctoritatem apostoli eius infamia aboletur. Man wendet nun zwar ein, daß nach den Regeln der Gesetzesauslegung hierdurch nicht auch die übrigen Folgen der Verletzung des Trauerjahrs für beseitigt zu halten seyen, Vang. a. a. O., muß aber doch einräumen, „daß sie allgemein in Vergessenheit gerathen seyn dürften“, Sint. §. 137. not. 15., wornach denn nicht einzusehen ist, warum sie nur, „als durch particularen Gerichtsgebrauch in desuetudinem gekommen“ sollten nachgewiesen werden können. Richtiger sagt umgekehrt Böhmer in annot. ad cap. 4. cit. Interim haec dispositio intercessit, ne poenae secundarum nuptiarum intra annum luctus iuris romani in Germania recipi potuerint. Quae vero *nova lege provinciali* de anno luctus hinc inde proposita sunt, unice ex hac, non ex iure romano, quoad poenam, aestimari debent. Vgl. übrigens Glück XXIV. S. 197. fg. Geiger a. a. O. S. 228. fg. Puchta §. 429. a. E.

Zweites Capitel.

Vom Verhältniß unter Aeltern und Kindern.

§. 419.

Das Verhältniß zwischen Aeltern und Kindern ist, wie die Ehe im Allgemeinen mehr von sittlichem als juristischem Charakter, aber doch zugleich in verschiedenen juristischen Beziehungen wirksam. Nach der Natur dieses Verhältnisses ist auch im Wesentlichen die

Stellung beider Aeltern zu den Kindern eine gleiche, obwohl mit einem natürlichen Uebergewicht der Autorität des Vaters. Im römischen Recht aber ist eine Gewalt des Vaters über die Kinder mit besonderem juristischem Charakter anerkannt, wodurch sich die väterliche Gewalt, patria potestas, als ein familienrechtliches Institut von selbstständiger eigenthümlicher Bedeutung darstellt, verschieden von dem Verhältniß der Aeltern zu den Kindern überhaupt. Daher:

I. Von der väterlichen Gewalt [a].

A. Entstehung derselben.

§. 420.

1) Durch Geburt.

Die in rechtlich gültiger Ehe erzeugten Kinder fallen durch die Geburt sofort in die väterliche Gewalt des Erzeugers [b]. Wenn dieser selbst noch in väterlicher Gewalt steht oder bis zu seinem früher erfolgten Tode gestanden hat, so hat sein Vater die väterliche Gewalt auch über den Enkel, und geht diese erst durch dessen Tod auf den noch lebenden Erzeuger selbst über [c].

§. 421.

2) Durch Legitimation [a].

Unehelich gezeugte Kinder [1] können das Recht ehelicher Kinder erlangen und so denn auch in die väterliche Gewalt ihres Erzeugers kommen 1) durch nachfolgende Ehe zwischen diesem und ihrer Mutter [b] (legitimatio per subsequens matrimonium), wobei es einer besondern Erklärung des Willens, die Kinder zu legitimiren, nicht bedarf, wenn nur die Vaterschaft durch Anerkennung von Seiten des Vaters außer Zweifel ist [2]; 2) durch Concession des Regenten (legitimatio per rescriptum principis) auf Gesuch des Vaters [c], oder auch, wenn dieser in seinem letzten Willen den Wunsch ausgesprochen hat, nach dessen Tode noch auf Gesuch der

[a] Inst. de patria potestate. 1...9. Cod. 8. 47. cf. Dig. de his, qui sui vel alieni iuris sunt. 1. 6. [b] pr. J. l. c. §. 12. J. de nupt. 1. 10. cf. §. 39. [c] L. 4. 5. D. c. l. pr. J. quib. mod. ius pot. 1. 12.

[a] Cod. de naturalibus liberis et matribus eorum et ex quibus causis iusti efficiantur. 5. 27. nov. 74. 89. cf. cap. 1. 6. 13. X. qui filii sint legitimi. 4. 17. [b] L. 10. 11. Cod. h. t. 5. 27. nov. 12. cap. 4. nov. 89. cap. 8. §. 13. J. de nupt. 1. 10. [c] nov. 74. cap. 1. 2. nov. 89. cap. 9.

Kinder selbst oder ihrer Mutter [d], wodurch denn freilich nur bewirkt werden kann, daß sie dieselben Rechte erhalten, als ob sie noch bei Lebzeiten des Vaters legitimirt worden wären [3]. Zur Entstehung der väterlichen Gewalt ist übrigens immer auch die Einwilligung der Kinder erforderlich, sofern sie willensfähig sind [e]; nur die Rechte ehelicher Geburt erlangen sie ohnedies von selbst durch die nachfolgende Ehe der Aeltern [f].

Anm. [1] Nach R. R. beschränkt sich die Legitimation auf die im Concubinat erzeugten Kinder, naturales liberi. Schneider in Linde's Ztschr. XII. 10. Nach canonischem und heutigem Recht, das den Concubinat nicht mehr als ein erlaubtes Verhältniß anerkennt, können überhaupt uneheliche Kinder (spurii) legitimirt werden; streitig ist nur, ob auch ex damnato coitu nati? wie jedoch die Meisten mit Recht annehmen, arg. cap. 6. X. l. c. cap. 3. 6. X. de eo qui duxit in matr. quam polluit per adulterium. 4. 7. Vang. §. 254. 255. Anm. 2. Vgl. Seuffert's Arch. I. 352. III. 65. V. 188.

[2] Diese Legitimation wurde zuerst einigemal nur vorübergehend gestattet. L. 6. 7. Cod. h. t. 5. 27. Erst Justinian führte sie als bleibendes Institut ein (not. b.), schrieb aber, um die Gewißheit der Verwandlung des Concubinats zur Ehe herzustellen, die Errichtung von instrumenta dotalia vor. Diese Vorschrift kommt jetzt nicht mehr in Betracht, da das heutige Recht ohnehin für Eingehung der Ehe eine bestimmte Form erfordert. Vgl. übrigens Dieck, Beitr. zur Lehre v. d. Legitimation durch nachfolgende Ehe. Halle 1832. Vang. §. 255.

[3] Dies ist die unpassend sog. legitimatio per testamentum. vgl. Vang. §. 256. Anm. 2. Nach Justinians Vorschrift soll übrigens die Legitimation durch den Regenten nur unter der doppelten Voraussetzung gewährt werden, daß keine rechtmäßigen Kinder vorhanden sind und daß die Legitimation durch Ehe nicht möglich ist (not. c.). Allein die Legitimation ist gleichwohl gültig, wenn nur der Regent sie in Kenntniß des Mangels dieser Voraussetzungen gewährt hat; ein Recht auf die Gewährung haben Vater und Kind überall nicht. — Eine dritte Art der Legitimation nach R. R., per oblationem curiae (nov. 89. cap. 2...6.), ist unpraktisch. Ungegründet aber die Annahme einer sog. legitimatio per nuncupationem filii, die man aus der Auth. *si quis* ad L. 11. Cod. h. t. oder nov. 117. cap. 2. hat ableiten wollen: Seuffert's Arch. V. 189.

3) Durch Adoption [a].

§. 422.

Die väterliche Gewalt über eine Person kann auch ohne Voraussetzung eines natürlichen Kindesverhältnisses durch einen juristischen Act begründet werden, durch welchen Jemand dieselbe an

[d] Nov. 74. cap. 2. nov. 89. cap. 10. [e] nov. 89. cap. 11. [f] cap. 6. X. l. c. 4. 17.

[a] Inst. de adoptionibus. 1. 11. Dig. de adoptionibus et emancipationibus et aliis modis, quibus potestas solvitur. 1. 7. Cod. de adoptionibus. 8. 48.

Kindesstatt annimmt, sey es, daß diese bisher schon in väterlicher Gewalt eines andern gestanden hat, oder nicht, also selbständig (sui iuris §. 28.) war. Im ersten Fall ist es Adoption im engern Sinn, im andern Fall heißt die Adoption insbesondere Arrogatio [b]. Die letzte erforderte ursprünglich einen Beschluß der Curien in Gemäßheit einer förmlichen Rogatio, daher der Name Arrogatio oder adoptio per populum [c]; nach neuerem Recht geschieht sie durch ein Rescript des Regenten, daher adoptio per principem [d]. Die Adoption im engern Sinn geschieht durch Erklärung zu gerichtlichem Protokoll, von Seiten sowohl des Adoptirenden als des bisherigen Vaters, welcher das Kind zur Adoption gibt, in Gegenwart auch des Kindes, welches, wenn es willensfähig ist, durch seinen Widerspruch die Adoption hindert [e]. Die Arrogation dagegen erfordert wesentlich die Einwilligung des Arrogirten, und, wenn er unter Vormundschaft steht, die Zustimmung der Vormünder [f].

§. 423.

Der Adoptirende muß 1) selbst sui iuris und 2) wenigstens um 18 Jahre älter seyn als der Adoptirte, plena pubertate eum praecedere debet [a]; sodann können 3) Castraten nicht adoptiren [b]. 4) Der Adoptirte darf nicht ein uneheliches Kind des Adoptirenden seyn, welches nach §. 421. legitimirt werden könnte [c], oder 5) ein von demselben schon einmal adoptirtes, aber aus der väterlichen Gewalt wieder entlassenes Kind [d]. Auch kann 6) die Adoption weder unter Bedingung oder Zeitbestimmung [e], noch durch Stellvertreter geschehen [f]. Uebrigens kann Jemand nicht nur als Sohn oder Tochter, sondern auch als Enkel oder Enkelin adoptirt werden, selbst von demjenigen, der keinen Sohn hat [g], und von dem, der einen oder mehrere Söhne hat, sowohl schlechthin [h] (adoptio in locum nepotis ex incerto filio), als mit Beziehung auf einen bestimmten Sohn, der als Vater des adoptirten gelten soll (adoptio in locum nepotis ex certo filio), wozu aber, damit diese Wirkung eintrete, auch dieses Sohnes Einwilligung erforderlich ist [i], und

[b] L. 1. §. 1. D. h. t. 1. 7. [c] Gai I. §. 98. 99. [d] §. 1. J. h. t. L. 2. pr. D. h. t. L. 2. 6. 8. Cod. h. t. [e] L. 11. Cod. h. t. §. 8. J. quib. mod. ius pot. 1. 12. cf. L. 5. 42. D. h. t. [f] L. 5. 8. D. h. t. L. 5. Cod. de auct. praest. 5. 59.

[a] §. 4. J. h. t. L. 40. §. 1. D. h. t. cf. §. 36. not. f. [b] §. 9. J. h. t. [c] L. 7. Cod. de nat. lib. 5. 27. nov. 74. cap. 3. nov. 89. cap. 7. [d] L. 37. §. 1. D. h. t. cf. L. 12. eod. L. 23. pr. D. de liberis et post. 28. 2. [e] L. 34. D. h. t. 1. 7. [f] L. 24. 25. §. 1. eod. [g] §. 5. 6. J. h. t. L. 37. pr. D. eod. cf. L. 15. §. 1. eod. [h] L. 43. 44. eod. [i] L. 6. 10. 11. eod. §. 7. J. h. t.

consequent auch das entsprechende Altersverhältniß desselben zu dem Adoptirten vorausgesetzt werden muß [k].

Anm. Das R. R. enthält die Andeutung: Adoptio naturam imitatur, §. 4. J. h. t. und: Adoptio in his personis locum habet, in quibus etiam natura potest habere, L. 16. D. h. t., und begründet dadurch namentlich den Satz, daß nicht der jüngere eine ältere Person adoptiren könne; aber es hält jenes nicht als Princip der Lehre fest, woraus man weitere Folgerungen machen könnte; vielmehr erkennt es im Widerspruch damit auch die Adoption durch einen Unverheiratheten und selbst einen Zeugungsunfähigen als möglich an. L. 2. §. 1. L. 30. D. h. t. vgl. auch L. 37. pr. eod. (not. g.).

§. 424.

Vor der Vollziehung der Adoption stellt die Obrigkeit über das Daseyn der gesetzlichen Erforderniſſe eine Untersuchung an. Bei der Arrogation aber soll zudem auch die Angemessenheit derselben mit Rücksicht auf die persönlichen Verhältnisse der Betheiligten vorher geprüft werden [1]. Namentlich soll demjenigen, welcher schon Kinder hat oder noch in dem Alter ist, um solche erzeugen zu können (unter 60 Lebensjahren), nur aus besondern Gründen, welche diesen Umstand überwiegen, die Arrogation gestattet werden [a], und ebenso ist diese nicht ohne solche Gründe zu gestatten, wenn etwa der Vormund, auch nach Beendigung der Vormundschaft, den noch minderjährigen Mündel [b], oder ein Aermerer den Reichern [c], oder wenn Jemand mehrere arrogiren will [d]. Nach Umständen soll auch zur Sicherstellung des Arrogirten gegen mögliche Nachtheile der Arrogation Cautionsleistung angeordnet werden [e]. Insbesondere aber soll die Arrogation eines Unmündigen nur nach sorgfältiger Prüfung, ob sie für diesen wünschenswerth sey, gestattet werden [f], wobei zugleich der Arrogator verpflichtet wird und Sicherheit dafür leisten muß, daß er das Vermögen des Arrogirten, wenn dieser in der Unmündigkeit sterben sollte, an diejenigen Personen herausgeben werde, welchen es ohne die Arrogation zukommen würde [g]. Auch erlangt der arrogirte Unmündige, falls ihn der Arrogator später enterbt oder ohne genügenden Grund emancipirt, Anspruch auf ein Viertheil des Vermögens desselben [h], die sog. quarta Divi Pii [2].

k arg. §. 4. J. h. t. (not. a.)

a L. 15. §. 2. L. 17. §. 2. 3. D. h. t. b L. 17. pr. L. 32. §. 1. eod. c L. 17. §. 4. eod. d L. 15. §. 3. eod. e L. 17. pr. §. 5. eod. f L. 17. §. 1 ... 4. eod. g L. 18 ... 22. eod. §. 3. J. h. t. h §. 3. J. cit. L. 22. pr. D. h. t. L. 2. Cod. h. t.

Anm. 1 Nach altem Recht lag diese Prüfung den Pontifices ob, bevor die Rogation an die Curien gestellt wurde, nach neuerem Recht verlangt sie der Regent zur Begründung des gewährenden Rescripts. Das letzte ist aber auch ohne vorgängige Untersuchung gleichwohl wirksam, wenn es nur nicht durch falsche Angaben erschlichen ist. Bei der Adoption i. e. S. ist von solcher causae cognitio keine Rede, wohl aus dem Grunde, weil diese wesentlich nur als ein Privatact zwischen den beiden Vätern erschien, wobei nur der Form wegen eine Mitwirkung des Magistratus, apud quem est legis actio, erforderlich war. L. 3. 4. D. h. t. cf. L. 7. 8. D. de manum. vind. 40. 2. Doch erstrecken Manche, z. B. Puchta §. 443., die Bestimmung in not. a., wobei es sich nicht blos um das durch den Vater wahrzunehmende Interesse des Adoptandus handelt, auch auf die Adoption i. e. S. Dagegen Vang. §. 249. Anm. 1. a. E. §. 251. Sint. §. 139. not. 24.

2 Nach altem Recht war die Arrogation sowohl unmündiger als weiblicher Personen schon der Form wegen unmöglich. Gai. I. §. 101. 102. Gell. noct. att. V. 19. Per rescriptum principis war sie möglich, L. 21. D. h. t. L. 8. Cod. h. t., und wurde nun die Arrogation Unmündiger insbesondere durch ein Rescript des Divus Pius Antoninus, aber nur unter den angegebenen näheren Bestimmungen, gestattet. Gai. I. §. 103.

§. 425.

Die Wirkung der Adoption besteht darin, daß der Adoptirte in die väterliche Gewalt [a] und damit zugleich in den Kreis der Agnaten des Adoptirenden eintritt [b], aus der bisherigen Agnationsverbindung also ausscheidet [c]; auch den Namen und Stand des Adoptivvaters annimmt [d], ohne aber in seinem bisherigen Standesrecht eine Minderung zu erleiden [e]. Durch die Arrogation werden zugleich auch die in der Gewalt des Arrogirten befindlichen Kinder als Enkel der Gewalt des Arrogator unterworfen [f].

Die Adoption i. e. S. soll jedoch die regelmäßige Wirkung dann nicht haben, wenn der leibliche Vater sein Kind (Sohn oder Tochter, oder auch Enkel, sofern diese durch seinen Tod sui iuris werden) einem Andern, außer einem leiblichen Ascendenten desselben, in Adoption gibt. Dadurch soll das Kindesverhältniß zu dem natürlichen Vater rechtlich durchaus nicht geändert werden; die Adoption soll nur bewirken, daß der Adoptirte gegen den fremden Adoptivvater das gesetzliche Erbrecht eines Kindes erlangt [g]. Sie ist also keine wahre Adoption mehr, kein Entstehungsgrund der väterlichen Gewalt;

[a] L. 1. pr. L. 15. pr. D. h. t. cf. Just. de adquisit. per arrogat. 3. 11. [b] L. 23. D. h. t. cf. L. 7. eod. L. 1. §. 4. D. unde cognati. 38. 8. L. 17. D. de ritu nupt. 23. 2. [c] L. 4. §. 10. D. de grad. 38. 10. cf. §. 28. Anm. 2. [d] L. 13. D. h. t. [e] L. 35. eod. [f] L. 2. §. 2. 15. pr. 40. pr. eod. cf. §. 28. Anm. 2. [g] L. 10. Cod. h. t. Justinian. a. p. Chr. 530.).

man nennt sie heutzutage adoptio minus plena, und im Gegensatze davon die vollwirksame Adoption und Arrogation adoptio plena.

Anm. [1] Sint. §. 139. not. 35...37. nimmt eine Verwandtschaft des Adoptirten nur an in Beziehung zu dem Adoptirenden selbst „und zu den von demselben abstammenden noch in seiner Gewalt befindlichen Kindern und fernern Descendenten" — „zur Frau des Adoptivvaters aber und zu seinen übrigen Verwandten bleiben die Adoptivkinder außer jeder Beziehung". Dies ist nach R. R. unrichtig; der Adoptirte wird darnach Agnat aller Agnaten, auch der Seitenverwandten des Adoptirenden (qui adoptatur, iisdem fit agnatus, quibus pater ipsius fuit. L. 2. §. 3. D. de suis. 38. 16.), und erbte daher z. B. als Agnat den Bruder desselben (L. 2. §. 2. 3. D. l. c.) und konnte die Schwester und Tante desselben nicht heirathen (L. 17. §. 1. D. de ritu nupt. 23. 2.); Scipio Aemilianus war Agnat aller Scipionen, wie Gentile aller Cornelier. Daher hat auch Thibaut (Abh. S. 303.) nicht, wie Sint. not. 44. meint, offenbar Unrecht, wenn er behauptet, daß der Adoptirte auch zum Ascendenten des Adoptirenden in Verwandtschaft treten könne, wenn nämlich der letzte mit Erhaltung der Suitätsrechte aus der väterlichen Gewalt getreten war. Vgl. Arndts im Rtslex. V. S. 686. Berechtigter ist der Zweifel, ob dem heutigen Rechtsbewußtseyn eine so weite Ausdehnung der Adoptivverwandtschaft entspreche? Wenigstens werden die deutschrechtlichen Familienrechte der Agnaten den Adoptirten nicht zugestanden (Seuffert §. 475. not. 7.), und man behauptet auch, daß nach dem Geiste des neuern Rechts die Verwandtschaft des Adoptirten mit der Familie des Adoptivvaters jedenfalls nur bis zum Tode des letzten dauere. Puchta §. 445. a. E. Vorles. §. 454. vgl. Sint. §. 139. not. 62. (welcher letzte dieses sogar nach R. R. anzunehmen scheint, was offenbar unrichtig wäre). Neuere Gesetzgebungen beschränken die Adoptivverwandtschaft blos auf den Adoptivvater (Wahlvater, beziehungsweise die Wahlältern), das Adoptivkind (Wahlkind) und die Nachkommenschaft des letzten Oesterr. bürg. Gstzb. §. 183. vgl. §. 65., Preuß. Ldr. II. 1. §. 13., 2. §. 708. 709., Code Nap. art. 348. 350., welcher letzte nur bezüglich des Ehehindernisses weiter geht. Vgl. noch Arndts in d. krit. Jahrb. X. S. 227. fg.

[2] Das Cognationsverhältniß des Adoptirten zu seiner natürlichen Familie bleibt ungeachtet der Adoption bestehen. L. 1. §. 4. D. unde cogn. 38. 8. Auch durch die sog. adoptio plena wird das cognatische Kindesverhältniß zum leiblichen Vater nicht, wie Manche nach L. 10. Cod. h. t. behaupten, aufgehoben. Der Satz: adoptio tamdiu nocet, quamdiu quis in aliena familia sit (L. 6. §. 4. D. de b. p. c. t. 37. 4.) gilt nur in einer besondern (nicht mehr praktischen) Beziehung. Arndts im Rtslex. V. 686. fg.

B. Aufhebung der väterlichen Gewalt[a].

§. 426.

Die väterliche Gewalt endigt 1) durch den Tod des Vaters wie des Kindes, womit nach römischem Recht auch magna capitis

[a] Inst. quibus modis ius potestatis solvitur. 1. 2. cf. Dig. de adoptionibus et emancipationibus et aliis modis quibus potestas solvitur. 1. 7. Cod. de emancipationibus. 8. 49.

deminutio gleiche Wirkung hat [b]; 2) durch Verwirkung des Vaters, zur Strafe desselben, a) wegen Aussetzung des Kindes [c], b) wegen Verkuppelung der Tochter [d], c) wegen Eingehung einer blutschänderischen Ehe [e]; 3) durch gewisse Würden des Sohnes [f], namentlich die bischöfliche Würde [1]; 4) durch Arrogation des Vaters oder Hingabe des Kindes zur Adoption nach §. 422. 425.; 5) durch absichtliche Entlassung des Kindes aus der väterlichen Gewalt, zu dem Zweck, daß dasselbe sui iuris werde, d. i. durch Emancipation [g], welche entweder durch ein vom Vater erwirktes und bei Gericht niederzulegendes Rescript des Regenten geschieht [h] (sog. emancipatio Anastasiana), oder durch Erklärung des Vaters zu gerichtlichem Protokoll in Gegenwart des Kindes [i] (sog. emancipatio Justinianea) [2]; 6) nach heutigem Recht auch durch Verheirathung der Tochter und durch Gründung eines selbständigen Haushalts (separata oeconomia) des Sohnes sog. emancipatio tacita s. germanica s. saxonica [3]).

Anm. 1 Die bischöfliche Würde (nov. 81. cap. 3.) ist die einzige der in dieser Beziehung privilegirten Würden, welche heutzutage noch vorkommt; es mag aber wohl kaum erhört werden, daß heutzutage ein Sohn erst durch die Bischofsweihe von der väterlichen Gewalt befreit werde. Die Anstellung des Sohnes im Staatsdienste hebt für sich allein, abgesehen von dem Fall unter Nr. 6., die väterliche Gewalt nicht auf. Seuffert's Arch. II. 308.

2 Ob die römische Emancipation überhaupt heutzutage noch practisch sey, ist nicht unbestritten; sie kommt jedenfalls selten vor. Vgl. Seuffert's Arch. III. 268. Die heutige Praxis gestattet aber eine blos vorübergehende Emancipation zum Zweck der Vornahme eines Rechtsgeschäfts zwischen Vater und Kind, sog. emancipatio particularis. Seuffert's Arch. III. 333.

3 Vgl. Seuffert's Arch. II. 308. III. 269. 270. V. 30. 37. Eine andere Art von tacita emancipatio hat man schon im R. R. finden wollen, wenn nämlich der Vater das Kind längere Zeit als gewaltfreies hat gelten lassen. L. 1. Cod. de pat. pot. 8. 47. L. 25. D. h. t. 1. 7. Seuffert §. 480. not. 5. Dagegen Sint. §. 140. not. 9. §. 143. not. 10. 23. vgl. §. 428. not. 1. — Wenn nach L. 1. §. 4. D. de lib. exhib. 43. 30. auch noch res iudicata als Aufhebungsgrund der väterlichen Gewalt angeführt wird (Mühlenbruch §. 559.), so ist dies strenge genommen unrichtig; vgl. §. 116. 271.

§. 427.

Durch die Aufhebung der väterlichen Gewalt wird das Kind, ausgenommen in den Fällen des §. 426. Nr. 4., sui iuris. Wenn

b §. 1...3. J. h. t. cf. §. 5. eod. c L. 2. Cod. de infant. expos. 8. 52. cap. un. X. eod. 5. 11. d L. 6. Cod. de spectac. 11. 40. L. 12. Cod. de episcop. aud. 1. 4. e Nov. 12. cap. 2. f §. 4. J. h. t. L. ult. Cod. de consul. 12. 3. L. ult. Cod. de decurion. 10. 31. Nov. 81. g §. 6...10. J. h. t. 1. 2. h L. 5. Cod. h. t. i L. 6. Cod. eod.

jedoch die Gewalt des Großvaters über seine Kinder durch einen seine Person betreffenden Umstand (§. 426. Nr. 1. 2. c) endigt, so fallen die Enkel in die Gewalt ihres Vaters, sofern dieser noch, wie sie selbst, bis dahin in der Agnationsverbindung mit jenem geblieben ist [a], und so kann auch der Arrogirte die nach §. 26. 4. verlorene Gewalt über seine Kinder wieder erlangen [b]. Auch in dem Falle des §. 426. 6. werden dem Sohne gewöhnlich seine etwa vorher schon gezeugten Kinder als Glieder des neuen Hauswesens in die Gewalt folgen.

Das natürliche Verwandtschaftsverhältniß zwischen Vater und Kind mit seinen von der väterlichen Gewalt unabhängigen rechtlichen Wirkungen wird durch die Endigung der väterlichen Gewalt nicht aufgehoben [c]. In den Fällen des §. 426. unter 1. 2. 3. 6. bleiben auch dem Kinde, soweit davon noch die Rede seyn kann, die aus der Agnationsverbindung mit dem Vater und dessen Familie sich ergebenden Rechte [d], und bei der sog. emancipatio Anastasiana können diese durch besondere Bestimmung vorbehalten werden [e]. Regelmäßig dagegen hat die (römischrechtliche) Emancipation, wie die vollwirksame datio in adoptionem, die Auflösung der Agnationsverbindung mit dem Vater und dessen Familie [f], und daher denn auch, sofern, wie bei Adoptirten der Fall ist, nur mittels dieser eine Cognation bestand, die Aufhebung jeder verwandtschaftlichen Beziehung [g] mit jenen zur Folge [1].

Die Emancipation aber soll auch, wie die datio in adoptionem, nicht gegen Widerspruch des willensfähigen Kindes [2] stattfinden [h]. Andererseits kann auch der Vater nicht wider Willen zur Emancipation angehalten werden [i], ausgenommen [3] wegen schlechter Behandlung des Kindes [k], oder wenn er ein Vermächtniß mit dieser Auflage angenommen hat [l], oder wenn ein adoptirter Unmündiger nach erreichter Mündigkeit die Adoption als zu seinem Nachtheil geschehen anficht [m]. Dagegen kann ein emancipirtes Kind

[a] pr. J. h. t. 1. 12. L. 5. D. de his qui sui 1. 6 L. 10. D. h. t. 1. 7. cf. nov. 81. cap. 2. (not. d.). [b] L. 40. pr. D. h. t. 1. 7. [c] L. 4. §. 10. D. de grad. 38. 10. cf. L. 5. §. 1. D. de agnosc. lib. 25. 3. [d] Nov. 81. cap. 2. cf. nov. 12. cap. 2. L. 25. D. de legib. 1. 3. [e] L. 11. Cod. de legit. hered. 6. 58. [f] §. 3. J. de legit. tut. 1. 15. §. 3. J. de cap. min. 1. 16. L. 3. §. 1. D. de cap. min 4. 5. L. 4. §. 10. D. de grad. 4. 10. §. 9. J. de hered. ab int. 3. 1. [g] L. 13. 14. cf. L. 27. D. h. t. 1. 7. §. 11. 12. J. de hered. ab int. 3. 1. [h] L. 5. Cod. h. t. 8. 49. nov. 89. cap. 11. cf. Pauli sentt. II. 25. §. 5. [i] §. 9. J. h. t. 1. 12. L. 31. D. h. t. 1. 7. [k] L. ult. D. si quis a par. 37. 12. [l] L. 92. D. de cond. et dem. 35. 1. [m] L. 32. pr. L. 33. D. h. t. 1. 7.

wegen grober Injurien gegen den Vater wieder in dessen Gewalt zurückgezogen werden [n].

Anm. [1] Vgl. §. 28. Anm. 2. 3. Jedoch wirkt bezüglich der Ehehindernisse die Adoptivverwandtschaft auch nach der Emancipation theilweise noch fort. §. 1. 2. J. de nupt. 1. 10. L. 14. pr. §. 1. L. 55. D. de ritu nupt. 23. 2. — Der sog. emancipatio Germanica dieselbe Wirkung beizulegen, wie der römischen Emancipation, wäre der Natur der Verhältnisse ganz zuwider. Doch ist streitig, ob darnach auch das Recht eines suus heres bestehen bleibe? Seuffert §. 482. not. 3.

[2] „Man nimmt gewöhnlich an, daß Adoptirte auch wider ihren Willen emancipirt werden könnten (und dies ist gerade der Fall, wo die Emancipation heutzutage noch am ersten vorkommen wird). Jedenfalls könnte eine solche Emancipation wider Willen nur durch Rescript geschehen, weil bei der andern Form die Gegenwart des Kindes ein wesentliches Erforderniß ist." Puchta §. 445. vgl. Buchholtz Abh. Nr. 17. Sint. §. 139. not. 63. Dagegen wieder für die herrschende Lehre Vang. §. 257. Seuffert §. 481. not. 6., arg. §. 3. J. de adopt. 1. 11. L. 132. pr. D. de V. O. 45. 1. L. 10. pr. Cod. de adopt. 8. 48. Diese Stellen geben aber nur eine sehr schwache Stütze dafür, die Stellen in not. h. dagegen machen für Adoptirte keine Ausnahme. — Bloße Verstoßung des Kindes (abdicatio) ist rechtlich unwirksam. L. 6. Cod. de pat. pot. 8. 47.

[3] Außer den Fällen in not. k...m. nehmen viele noch eine vierte Ausnahme an, nach L. 16. D. de curat. fur. 27. 10. Vang. §. 257. Dagegen Puchta §. 445. not. m. „Die Stelle enthält offenbar nichts von einem solchen Zwang, den man nur una aliqua eius particula proposita darin hat finden können". — Die deutschrechtliche Emancipation (§. 426. 6.) volljähriger Söhne kann der Vater nicht hindern. Seuffert §. 481. not. 2.

C. Rechtliche Bedeutung der väterlichen Gewalt.

§. 428.

1) Im Allgemeinen.

Die väterliche Gewalt, die im alten Recht als eine fast unbeschränkte Macht über das Kind, das ius vitae ac necis enthaltend, erscheint, ist nach neuerem römischem Recht, so viel zunächst die persönlichen Beziehungen angeht, von dem allgemeinen Aelternrecht (§. 435.) nur durch bestimmte besondere Befugnisse ausgezeichnet. Kraft derselben hat der Vater vorzugweise, jedoch nicht unbedingt und unter allen Umständen [a], das Recht der Erziehung und eine disciplinarische Gewalt über das Kind [b], unter gewisser Voraussetzung (propter nimiam paupertatem) sogar noch das Recht,

[n] L. un. Cod. de ingratis liberis. 8. 50.

[a] L. 3. §. 5. D. de lib. exhib. 43. 30. (§. 435.). [b] L. 3. 4. cf. L. 10. Cod. de pat. pot. 8. 47. L. un. Cod. de emend. propinquorum. 9. 15.

das (neugeborne) Kind zu verkaufen [c], sodann das Recht der Zustimmung zur Ehe desselben [d], das Recht der Bestellung von Vormündern [e] und der Ernennung von Erben für das unmündige Kind [f]. Von diesen Rechten ist aber heutzutage jenes Verkaufsrecht ganz weggefallen, und das Recht der Zustimmung zur Ehe wird jetzt auch der Mutter, und dem Vater auch nach Aufhebung der väterlichen Gewalt beigelegt.

Bedeutender ist der Einfluß der väterlichen Gewalt auf das Vermögen, und darin offenbart sich jetzt noch vorzüglich der besondere juristische Charakter dieses Familienverhältnisses.

Uebrigens kann der Vater sein Recht der Gewalt gegen jeden Dritten, der ihn in Ausübung derselben beeinträchtigt, durch Vindication [g] oder durch das interdictum de liberis exhibendis [h] oder das interdictum de liberis ducendis [i] geltend machen, gegen das Kind selbst aber, welches sui iuris zu seyn behauptet, durch eine Präjudicialklage, die man actio de patria potestate nennt, während umgekehrt demjenigen, der seinen Stand als Paterfamilias klagend behaupten will, eine sog. actio de patria potestate negativa oder de statu patrisfamilias beigelegt wird. Der Vater hat als Kläger nur die Entstehung der väterlichen Gewalt, wenn sie bestritten wird, z. B. eheliche Geburt des Kindes, der Gegner sodann die Endigung der Gewalt zu beweisen [k], wozu auch der Umstand dienen kann, daß der Vater das Kind längere Zeit als selbständiges hat leben lassen [l].

2) Insbesondere in Ansehung des Vermögens.

a) Römisches Recht.

§. 429.

Nach altem Recht war das Kind in väterlicher Gewalt schlechthin unfähig, eigenes Vermögen zu haben; was es erwarb, wurde von selbst und nothwendig dem Vater erworben; es stand in vermögensrechtlicher Hinsicht dem Sklaven gleich, nur mit dem Unterschied, daß es klagbare Verbindlichkeiten contrahiren konnte, was bei jenem nicht der Fall war. Es war zwar sehr gewöhnlich, daß

[c] L. 2. Cod. de patr. qui fil. distrax. 4. 43. [d] L. 2. D. de ritu nupt. 23. 2. [e] L. 1. D. de test. tut. 26. 2. [f] L. 2. D. de vulg. et pup. subst. 28. 6. [g] L. 1. §. 2. D. de rei vind. 6. 1. [h] Dig. de liberis exhibendis, item ducendis. 43. 30. Cod. 8. 8. [i] L. 3. D. l. c. [k] L. 8. D. de probat. 22. 3. [l] L. 1. Cod. de patr. pot. 8. 47. cf. §. 426. Anm. 2.

der Vater dem Sohne, wie auch der Herr dem Sklaven, ein gewisses Vermögen als gesondertes gleichsam eigenes Gut, ein Peculium, einräumte; allein dieses war und blieb obwohl factisch gesondert, rechtlich doch nur ein Bestandtheil des väterlichen Vermögens.

Eine Ausnahme von der Regel des alten Rechts wurde zuerst, durch kaiserliche Constitutionen, für dasjenige gemacht, was der Haussohn aus Anlaß des Kriegsdienstes erwarb, das castrense peculium, welchem dann noch gewisse andere Erwerbungen als sog. peculium quasi castrense gleichgestellt wurden. In Beziehung darauf wird der Sohn als Paterfamilias angesehen. Nur wenn er ohne gültige Verfügung darüber vor dem Vater starb, fiel es als Peculium diesem anheim; nach dem neuesten Erbrecht tritt aber auch dieser Anfall (iure peculii) nicht mehr ein.

Eine andere Beschränkung erlitt die Regel des alten Rechts, indem zuerst von Constantin an dem Muttergute (bona materna), sodann von spätern Kaisern an einigen andern Erwerbungen (bona materni generis und lucra nuptialia), endlich von Justinian an allem demjenigen, was sie anders als vom Vater selbst her (ex re oder substantia patris) erwarben, den Kindern das Eigenthum vorbehalten, dem Vater nur die Nutznießung und Verwaltung belassen wurde.

So ist nun die Regel des neuesten römischen Rechts diese: Was die Kinder aus väterlichem Vermögen erhalten, ist und bleibt Vermögen des Vaters; was sie anderweitig her erwerben, wird ihnen selbst zu eigen, dem Vater zur Nutznießung und Verwaltung erworben, und wird auch als Vermögen der Kinder nach ihrem Tode vererbt. Man nennt das letzte heutzutage peculium adventitium, besser bona adventitia, und im Gegensatze davon das erste, das nur allein noch ein Peculium im alten Sinn abgeben kann, peculium profectitium. Jene Regel leidet aber in zweifacher Richtung eine Ausnahme: vorerst bezüglich der bona adventitia darin, daß in manchen Fällen das väterliche Recht der Nutznießung und Verwaltung wegfällt; man nennt sie dann bona adventitia irregularia (pec. adv. irregulare oder auch extraordinarium, im Gegensatze des regelmäßigen Verhältnisses, pec. adv. regulare oder ordinarium); sodann bezüglich gewisser Erwerbungen, sowohl vom Vater her als von anderer Seite, darin, daß der Sohn in Ansehung derselben vollends als Paterfamilias

angesehen wird; diese sind das peculium castrense oder quasi castrense, bona castrensia vel quasi.

Die Möglichkeit des Erwerbes durch Rechtsgeschäfte der in der Gewalt befindlichen Kinder ist übrigens durch diese Aenderungen des alten Rechts nicht beschränkt worden (§. 74. 246.). Eine besondere Frage aber ist noch, inwiefern und mit welcher Wirkung darnach zwischen dem Vater und dem Kinde selbst Rechtsgeschäfte stattfinden können.

Anm. Die Bezeichnungen adventitium und profectitium hat man nicht unpassend angenommen nach Analogie des Gegensatzes von dos adventitia und profectitia, unterstützt durch L. 28. D. de reb. auct. iud. poss. 42. 5. „quia id ex adventitio acquisitum est, non per patrem ad eum pervenit." Sehr angefochten ist aber der Gebrauch des Wortes peculium in diesen verschiedenen Anwendungen. Vgl. Hugo im civ. Mag. V. 19. VI. 4. Puchta §. 433. gegen Unterholzner in der Tübing. krit. Ztschr. V. S. 204. fg. Marezoll in Linde's Ztschr. VIII. S. 59. fg. Indessen ist dieser Gebrauch schon von der Zeit der Glossatoren her so beständig und allgemein geworden, daß man die ganze Lehre des R. Rts von den Vermögensverhältnissen der Hauskinder als „das römische Peculienrecht" zu bezeichnen pflegt. Vgl. darüber überhaupt Heimbach, Art. Peculien im Rtslex. VII. S. 857 ... 887. Dietzel im Jahrb. des gem. d. Rechts, II. 1.

§. 430.

a) Das sog. peculium profectitium.

Regel ist: was das in der väterlichen Gewalt befindliche Kind vom Vater selbst erhält oder aus des Vaters Gute erwirbt, gehört zum Vermögen des Vaters [a]. Daher ist auch die Schenkung des Vaters an das Kind als solche nicht gültig [b]; es gilt nur das Besondere davon, daß sie, nicht widerrufen, durch den Tod des Vaters gültig wird [c]. Aber der Vater kann dem Kinde von dem Seinigen irgendwelche Vermögensgegenstände bestimmen oder überlassen, die als ein demselben gleichsam eigenes Gut gelten sollen, gesondert von dem übrigen Vermögen des Vaters. Dieses ist dann ein Peculium im eigentlichen Sinn; nur darauf sind im neuesten Rechte, abgesehen vom Sklavenverhältniß, diejenigen Rechtsvorschriften zu beziehen, welche vom Peculium schlechtweg reden, und dieses ist es, welches den Gläubigern des Kindes mittels der actio

[a] §. 1. J. per quas pers. nob. acquir. 2. 9. L. 6. pr. 8. pr. Cod. de bon. quae lib. 6. 61. [b] L. 1. §. 1. D. pro donato. 41. 6. L. 11. Cod. de donat. 8. 54. [c] L. 25. Cod. de donat. int. v. et u. 5. 16. L. 18. pr. Cod. fam. erc. 3. 36. cf. L. 31. §. 2. D. de donat. 39. 5.

de peculio ein Befriedigungsmittel darbietet [d]. Zu seinem Daseyn ist Bewilligung des Vaters, wenn auch nur stillschweigende [e], erforderlich (peculii concessio), und wirkliche Sonderung von dem übrigen Vermögen desselben [f]. So kann es namentlich durch Schenkungen des Vaters gebildet und vermehrt werden [g]. Auch gehört dazu, was das Kind aus dem vorhandenen Peculiarvermögen (ex re peculiari oder peculii nomine) weiter erwirbt [h], und auch Gaben eines Dritten können hinzukommen, wenn sie in dieser Absicht gegeben werden. Das Kind hat die Verwaltung, soweit sie ihm eingeräumt [i] und es dazu fähig ist [k]; zu Schenkungen aus dem Peculium bedarf es besonderer Ermächtigung [l]. Das Peculium ist aber rechtlich immer noch Vermögen des Vaters; dieser kann es jederzeit zurücknehmen [m]. Nach seinem Tode ist es Bestandtheil seiner Erbschaft [n]. Jedoch bleibt es dem Kinde als Eigenthum, wenn der Vater es bei dessen Emancipation nicht zurücknimmt [o]. Auch soll (ex constitutione Claudii) das Peculium dem Kinde vorbehalten bleiben, wenn der Fiscus das Vermögen des Vaters wegen Schulden in Beschlag nimmt [p].

Anm. Ueber den Begriff des Peculium vgl. L. 5. §. 4. D. h. t. Peculium autem Tubero quidem sic definit, ... *quod servus domini permissu separatum a rationibus dominicis habet, deducto inde, si quid domino debetur*. L. 4. pr. eod. Peculii est non id, cuius servus seorsum domino rationem habuerit, sed quod dominus ipse separaverit summa servi rationem (l. *suum a servi ratione*) discernens. L. 39. eod. Peculium et ex eo consistit, quod parsimonia sua quis paravit vel officio meruerit a quolibet sibi donari, idque *velut proprium patrimonium* (L. 47. §. 6. eod. *quasi patrimonium liberi hominis*) servum suum habere quis voluerit. Marezoll in Linde's Ztschr. n. F. V. 4. Dietzel a. a. O. S. 6. fg.

§. 431.

β) Castrense vel quasi castrense peculium [a].

Zum castrense peculium gehört alles, was der Sohn (oder Sohnesenkel) vermöge seiner Eigenschaft als (angehender oder

[d] Dig. de peculio. 15. 1 cf. §. 247. not. h...r. [e] L. 4. pr. §. 2. L. 7. §. 1...3. cf. L. 39. 49. pr. D. h. t. 15. 1. [f] L. 8. D. eod. cf. L. 4. pr. L. 5. §. 4. eod. [g] L. 31. §. 2. D. de donat. 39. 5. L. 15. pr. D. de castr. pec. 49. 17. [h] L. 1. §. 5. L. 4. D. de poss. 41. 2. cf. L. 40. D. h. t. 15. 1. [i] L. 7. §. 1. L. 46. 48. eod. L. 34. pr. D. de novat. 46. 2. L. 10. Cod. quod cum eo. 4. 26. [k] L. 7. §. 3. eod. [l] L. 7. D. de donat. 39. 5. cf. L. 28. §. 2. D. de pact. 2. 14. L. 52. §. 26. D. de furt. 47. 2. [m] L. 8. in f. D. h. t. 15. 1. cf. L. 7. §. 1. eod. [n] L. 38. D. de cond. indeb. 12. 6. [o] L. 31. §. 2. D. de donat. 39. 5. L. 17. Cod. de donat. 8. 54. cf. not. c. — L. 53. D. h. t. 15. 1. — nov. 81. cap. 1. [p] L. 3. §. 4. in f. D. de minor. 4. 4. cf. L. 1. §. 4. D. quando de peculio. 15. 2.

[a] Dig. de castrensi peculio. 49. 17. Cod. de castrensi peculio militum et praefectorianorum. 12. 37.

bereits eingereihter) Soldat erwirbt [b], namentlich was ihm vom Vater selbst oder andern zu seiner Ausstattung für diesen Stand gegeben wird [c], was er durch den Kriegsdienst oder aus Anlaß desselben, z. B. als Sold oder Beute oder durch Schenkung und letztwillige Verfügung seiner Cameraden, gewinnt [d], nach besonderer Bestimmung auch was er von seiner Gattin vermöge Testaments erbt [e], sodann dasjenige, was aus oder mit solchen Gütern weiterhin gewonnen oder dafür angeschafft wird [f]. In Ansehung solchen Vermögens gilt der Haussohn, auch nachdem er aus dem Soldatenstande entlassen ist [g], sowohl dem Vater als dritten Personen gegenüber, vollkommen als Paterfamilias [h]; er kann auch auf den Todesfall darüber verfügen [i] und vererbt es in Ermangelung dessen, nach neuestem Rechte [k], an die gesetzlichen Erben.

Dem castrense peculium ist aber gleichgestellt [1] und heißt daher quasi castrense peculium [l]: 1) was der Sohn als Gerichtsbeisitzer [m] oder sonst durch ein öffentliches Amt [n] oder einen Hofdienst [o], desgleichen 2) was er durch seine Thätigkeit als Anwalt [p] erwirbt [2], 3) was er als Geistlicher auf irgend eine Art [3] erwirbt [q], und 4) was das Kind durch die Freigebigkeit des Regenten oder seiner Gattin erhält [r].

Anm. [1] Im Gegensatz des castrense und quasi castrense wird das gewöhnliche Peculium (§. 430.) in den Quellen paganum genannt. L. 37. pr. Cod. de inoff. test. cf. L. 7. §. 6. D. de donat. Die neuere Terminologie nennt die beiden ersten wohl auch militaria peculia. Eine strengere Ansicht dagegen vermeidet dafür, wie für die bona adventitia, selbst die Bezeichnung peculium ganz und gar, nachdem sie nun in keinem Falle mehr (not. k.) als Peculium im alten Sinne behandelt werden. Puchta §. 433. vgl. §. 429. Anm.

[b] L. 1. Cod. h. t. 12. 37. L. 11. D. h. t. 49. 17. cf. L. 8. 16. pr. eod. [c] L. 3. 4. pr. 6. D. eod. L. 4. Cod. fam. erc. 3. 36. [d] L. 5. 19. pr. cf. L. 16. §. 1. eod. L. 4. Cod. h. t. 12. 37. [e] L. 13. D. eod. cf. L. 16. pr. eod. [f] L. 1. in f. Cod. h. t. 12. 37. L. 19. §. 1. D. h. t. 49. 17. [g] pr. J. quib. non permitt. fac. test. 2. 12. cf. L. 15. pr. §. 1. 2. L. 19. §. 2. D. h. t. [h] L. 2. D. ad. Sc. Maced. 14. 6. L. 4. §. 1. L. 5. 15. §. 1...4. D. h. t. 49. 17. L. 2. 3. Cod. h. t. 12. 37. cf. L. 18. §. 4. 5. D. eod. L. 4. §. 2. eod. [i] pr. J. l. c. L. 2. 14. 17. §. 1. L. 19. §. 2...5. L. 20. D. h. t. [k] Nov. 118. cap. 2. in f. cf. L. 1. 2. 17. D. h. t. 49. 17. L. 10. pr. D. ad Sc. Tert. 38. 17. L. 5. Cod. h. t. 12. 37. [l] L. 37. pr. Cod. de inoff. test. 3. 28. cf. L. 32. §. 17. D. de donat. int. v. et u. 24. 1. L. 1. §. 6. D. ad Sc. Trebell. 36. 1. L. 3. §. 5. D. de bon. poss. 37. 1. L. 1. §. 15. D. de collat. 37. 6. L. 7. §. 6. D. de donat. 39. 5. [m] L. 7. Cod. de assessor. 1. 51. [n] L. 37. pr. Cod. de inoff. test. 3. 28. L. 6. Cod. h. t. 12. 37. [o] L. un. Cod. de castrensi omnium palatinorum peculio. 12. 31. [p] L. 4. Cod. de advocatis divers. iud. 2. 7. [q] L. 34. Cod. de episcop. et cler... et privileg. eor. et castrensi peculio. 1. 3. nov. 123. cap. 19. cf. nov. 81. cap. 3. [r] L. 7. Cod. de bon. quae lib. 6. 61.

Indessen würden wohl die classischen Juristen eben so gut wie die byzantinischen die einmal übliche Benennung ungeachtet jener Rechtsänderung beibehalten haben.

[2] Streitig ist, inwiefern der Umfang des Erwerbes unter 1. u. 2. sich nach Analogie des castrense peculium (not. b. c. d.) bestimme? Löhr im civ. Arch. X. S. 177. fg. Dagegen Marezoll in Linde's Ztschr. VIII. S. 130. fg.

[3] Streitig, ob auch das ex re patris Erworbene dazu gehöre? Löhr a. a. O. S. 164. Dagegen u. A. Marezoll a. a. O. S. 125. fg. — Ueber peculium clericale im Sinn des canon. Rechts (X. de peculio clericorum 3. 25.) vgl. Walter Kirchenrecht §. 262. 263. Heimbach im Rtslex. VII. S. 885. fg.

γ) Bona adventitia regularia [a].

§. 432.

Alles, was den Kindern nicht vom Vater oder aus dessen Vermögen zukommt [1], wird ihnen zu eigen erworben [b]. Aber der Vater hat daran, wenn es nicht zu den bona castrensia vel quasi castrensia gehört, kraft der väterlichen Gewalt regelmäßig den Nießbrauch [c]. Damit ist das Recht der Verwaltung verbunden, wegen deren der Vater weder Caution zu leisten hat, noch auch, so lange das Recht dauert, zur Rechnungsablegung oder Verantwortung gezogen werden kann [d], obgleich er allerdings zu der Sorgfalt eines Nutznießers [e] verpflichtet ist [2]. Die Veräußerungsbefugniß steht ihm nicht zu, ausgenommen im Fall der Nothwendigkeit und in Ansehung solcher Sachen, welche nicht ohne Gefahr von Verlust behalten werden können [f]. Die gesetzwidrige Veräußerung ist nichtig; die Kinder können die veräußerten Sachen nach Endigung des väterlichen Rechts vindiciren; es läuft erst von dieser Zeit an eine dreißigjährige Verjährung gegen dieselben [g]. Bis dahin können die Kinder gar keine Befugnisse in Betreff dieser Güter ausüben; sie können auch nicht auf den Todesfall darüber verfügen [h]; doch soll der Vater zu Rechtsstreiten in Betreff derselben [3] die Zustimmung des mündigen und anwesenden Kindes einholen [i].

Ist dem Kinde ein neuer Vermögenserwerb angetragen, z. B. eine Erbschaft oder ein Vermächtniß, so entsteht jenes Rechtsverhältniß nur durch die Annahme von Seiten des Vaters und des Kindes. Lehnt der erste den Erwerb ab, so kann dieser dennoch

[a] Cod. de bonis maternis et materni generis 6. 60. de bonis quae liberis in potestate patris constitutis ex matrimonio vel alias adquiruntur et eorum administratione. 6. 61. [b] L. 6. pr. §. 1. Cod. h. t. 6. 61. §. 1. J. per quas pers. 2. 9. [c] L. 1. 2. 4. Cod. h. t. 6. 60. L. 4. 6. pr. 8. pr. Cod. h. t. 6. 61. [d] L. 6. §. 2. L. 8. §. 4. Cod. l. c. [e] L. 1. Cod. h. t. 6. 60. [f] L. 1. Cod. cit. L. 8. §. 4. 5. Cod. 6. 61. [g] Nov. 22. cap. 24. cf. L. 4. in f. Cod. 6. 61. L. 1. Cod. 6. 60. L. 1. §. 2. Cod. de annali exc. 7. 40. [h] L. 8. §. 5. Cod. h. t. 6. 61. [i] L. 8. §. 3. eod.

für das Kind gemacht werden, mit Ausschließung des väterlichen Rechts. Wird er von dem letzten abgelehnt, so kann nun der Vater den Erwerb vollständig und allein für sich machen [i], mit derselben Wirkung, als wenn nach altem Rechte das Kind auf Geheiß des Vaters erworben hatte [k].

Läßt sich eine bisher selbständige Person arrogiren, so wird von selbst an dem ganzen gegenwärtigen Vermögen derselben dem Arrogator das väterliche Recht erworben [l].

Anm. 1 L. 6. pr. Cod. 6. 61. Si quis itaque filiusfamilias, vel patris sui vel avi vel proavi in potestate constitutus, aliquid sibi acquisierit, non ex eius substantia, cuius in potestate sit, sed ex aliis quibuscunque causis, quae ex liberalitate fortunae vel laboribus suis ad eum perveniant, eas *(ea)* parentibus suis non in plenum, sed usque ad usumfructum solum acquirat. cf. L. 8. pr. eod.... post novellam nostri numinis legem, quae omnia, quae extrinsecus ad filiosfamilias perveniunt, et non ex paterna substantia sunt, non esse acquirenda patribus statuit, nisi tantummodo ad usumfructum. Vgl. überhaupt Marezoll, Revision der Lehre von den sog. Adventitien, in Linde's Ztschr. VIII. 2. 6. 9. Einzelne streitige Punkte sind: a) ob, was ein Dritter dem Kinde um des Vaters willen gegeben, zu den bona adventitia gehöre? Es kommt darauf an, ob der Dritte durch das Kind dem Vater, oder, wenn auch aus Rücksicht auf diesen, dem Kinde geben wollte. b) wohin Pathengeschenke (pecunia lustrica) zu rechnen seyen? Es ist eine unjuristische Anwendung der Gelehrsamkeit, deshalb, weil sich etwa geschichtlich nachweisen läßt, daß sie ursprünglich dazu bestimmt waren, die Kosten der Taufhandlung decken zu helfen, (mit Marezoll S. 176. fg. Vang. §. 236. Anm. 1. a. E.) heutzutage die Vermuthung aufzustellen, daß sie den Aeltern bestimmt seyen. c) wiefern der Sohn *laboribus suis* (ungeachtet der L. 6. pr. cit.) nicht sich, sondern dem Vater erwerbe? Insofern, als er nur in Angelegenheiten des Vaters, oder nach dessen Befehl oder Auftrag Dienste leistet. Vang. §. 236. Anm. 1. d) ob auch dasjenige, was vermöge gesetzlicher Vorschrift dem Eigenthum nach aus des Vaters Vermögen an die Kinder fällt, zu den Adventitien gehöre (§. 416... 418.)? Insofern hier der Vater den Nießbrauch nicht kraft der väterlichen Gewalt, sondern ohnehin aus anderm Grunde hat, wie es auch sonst noch der Fall seyn könnte, ist diese Frage eine müßige; denn Adventitium wäre hier nur die Proprietät, und darauf hat der Vater als solcher kein Recht.

2 Manche beschränken mit Marezoll S. 358. fg. die Pflicht zur Diligentia nach L. 1. Cod. 6. 60. nur auf bona materna und materni generis und lucra nuptialia, und sprechen bei andern Adventitien den Vater selbst nach Endigung seines Rechts von aller Rechenschaft frei. Aber vgl. dagegen L. 8. §. 4. Cod. 6. 61. „hoc procul dubio observando, ut... omnia circa usumfructum faceret, quae nullo modo proprietatem possint deteriorem facere“,

k L. 8. pr. §. 2. Cod. eod. l Inst. de acquisitione per arrogationem. 3. 10.

was ebensoviel ist als (nach L. 1. cit.) „omnem tuendae rei diligentiam adhibere.“ Puchta §. 436. not. f.

3 Marezoll S. 372. (ebenso Vang. §. 236. Anm. 2.) „will diese Vorschrift ohne genügenden Grund auf die eine angefallene Erbschaft betreffenden Processe beschränken. Es wäre nicht abzusehen, warum der Sohn, der allerdings bei der Annahme der Erbschaft zu consentiren hat, bei den in Folge der schon geschehenen Annahme zu führenden Processen wieder zu consentiren hätte, wenn dies nicht eine allgemeine Regel wäre.“ Puchta §. 436. not. g.

4 Dieses soll auch dann gelten, wenn dem Sohne eine Erbschaft deferirt ist, die von demselben angenommen zum castrense peculium gehören würde. L. 8. §. 2. Cod. h. t. 6. 61.

§. 433.

Das Recht des Vaters an den Adventitien der Kinder ist in seiner Entstehung, aber nicht auch schlechthin in seiner Dauer durch die väterliche Gewalt bedingt [1]. Dasselbe endigt 1) wenn die väterliche Gewalt durch einen die Person des Vaters betreffenden Umstand (Tod, magna capitis deminutio, Arrogation desselben) geendigt wird; im Fall der Arrogation geht das Recht desselben auf den Arrogator über und kann alsdann durch dessen Tod wiederum an den Arrogirten zurückfallen [a]; 2) wenn das Kind aus irgend einem andern Grunde ohne oder wider Willen des Vaters sui iuris wird [b]. Wenn dagegen 3) der Vater das Kind freiwillig emancipirt, so soll er als praemium emancipationis [2] den bisherigen Nießbrauch zur Hälfte behalten [c]. 4) Stirbt das Kind, so hört der Nießbrauch des Vaters gänzlich auf, wofern der Vater selbst, wenngleich mit andern, zur Erbschaft des Kindes berufen ist; außerdem besteht er fort [3] bis zum Tode des Vaters [d]; war dem Kinde selbst nur der Nießbrauch gegeben, so behält ihn der Vater auch nach dessen Tode, als sey er zugleich ihm zugewandt worden [e]. Wenn endlich 5) der Vater das Kind in vollkommene Adoption hingibt, so kann er gleichfalls den Nießbrauch an den bereits erworbenen Adventitien desselben behalten [4].

Anm. 1 Gewöhnlich wird als einfaches Princip angenommen, das fragliche Rechtsverhältniß endige mit der väterlichen Gewalt, deren Ausfluß es sey; Puchta §. 436. not. h.; wovon nur singuläre Ausnahmen vorkämen; Vang. §. 236.

a cf. §. 3. J. de usufr. 2. 4. §. 1. J. de acquis. per arrog. 3. 10. §. 11. J. de adopt. 1. 11. b arg. L. 4. in f. L. 6. §. 3. Cod. h. t. 6. 61. nov. 81. cap. 1. §. 1. L. 1. pr. §. 2. L. 9. pr. Theod. Cod. de mat. bon. 8. 18. c §. 2. J. per quas pers. 2. 9. L. 6. §. 3. Cod. 6. 61. cf. L. 2. in f. eod. L. 3. §. 1...3. Cod. 6. 60. L. 1. §. 2. Theod. Cod. l. c. d Nov. 118. cap. 1. 2. cf. L. 3. in f. L. 4. 6. §. 1. Cod. 6. 61. L. 7. §. 1. Cod. ad Sc. Tertull. 6. 56. e L. 17. Cod. de usufr. 3. 33. cf. §. 194. Anm. 1.

Anm. 3. Aber dieses Princip ist im R. R. nirgendwo unverkennbar ausgesprochen, noch in seinen Consequenzen anerkannt. Vgl. not. c. d. e. und Marezoll: „wie geht das väterliche Recht des Usufructus an den sog. Adventitien verloren" u. s. w.? in Linde's Ztschr. XIII. 9.

2 Constantin hatte in L. 1. §. 2. Theod. Cod. h. t. dem emancipirenden Vater das volle Eigenthum an einem Dritttheil gegeben; Justinian setzte dafür den Nießbrauch an der Hälfte. L. 6. §. 3. Cod. h. t. 6. 61.

3 Von den Meisten wird dieses geläugnet oder ignorirt, Puchta §. 436. not. h., offenbar mit Unrecht: denn nach dem Recht vor nov. 118. behielt der Vater in diesem Fall den Nießbrauch („donec vivat, incorruptum"). In nov. 118. cap. 2. hat Justinian dieses aufgehoben für den Fall, wenn der Vater selbst Miterbe ist; für den Fall aber, wenn er durch Descendenten des Kindes von der Erbschaft ausgeschlossen wird, hat er es nicht nur nicht abgeändert, sondern noch ausdrücklich anerkannt in nov. 118. cap. 1. *verb.* „Nam in usu harum rerum, qui debet acquiri *aut servari* (cf. L. 3. in f. Cod. h. t. 6. 61.), nostras de his leges parentibus custodimus." Marezoll a. a. O. S. 203. fg.

4 Die Quellen enthalten darüber keine Entscheidung. Nach dem in Anm. 1. bezeichneten Princip wird gewöhnlich das Gegentheil behauptet. Vgl. dagegen Wening in Linde's Ztschr. I. 17. Marezoll a. a. O. S. 212. fg.

§. 434.

δ) Bona adventitia irregularia.

Eine Ausnahme von dem regelmäßigen Rechtsverhältniß der Adventitien tritt ein 1) bezüglich des Erwerbes, den das Kind wider Willen des Vaters gemacht hat [a]; 2) wenn der Vater als gesetzlicher Erbe mit seinem Kinde zusammen ein anderes Kind beerbt, bezüglich des jenem zukommenden Erbtheils [b]; 3) wenn dem Kinde von einem Dritten etwas zugewendet ist mit der Bestimmung, daß der Vater daran kein Recht oder nicht das volle Recht der väterlichen Gewalt haben solle, soweit die Beschränkung reicht [c].

In Ansehung dieser Güter gilt zwar das Kind nicht vollkommen als Paterfamilias, es kann nicht auf den Todesfall darüber verfügen: aber sie werden als freies Vermögen desselben behandelt, das dem regelmäßigen Recht des Vaters entzogen ist. Auch hat das Kind, sofern es dazu fähig ist, und wenn nicht etwa in dem Fall unter Nr. 3. etwas besonderes darüber bestimmt ist, selbst das Recht der Verwaltung [d]; ist aber dasselbe noch einer Vormundschaft bedürftig, so kann immerhin noch der Vater die Verwaltung

a L. 8. pr. §. 1. Cod. de bon. quae lib. 6. 61. cf. §. 432. not. k. b Nov. 118. cap. 2. cf. §. 433. not. d. c Nov. 117. cap. 1. d Nov. 117. cap. 1. §. 1. L. 8. pr. Cod. de bon. quae lib. 6. 61.

für dasselbe übernehmen, oder es wird ihm ein anderer Vormund dafür bestellt [e].

Anm. Vgl. Marezoll in Linde's Ztschr. VIII. S. 409. fg. Buchholtz das. XIV. 11. Im Justinianischen Recht kommt noch ein jetzt unpraktischer Fall vor, bezüglich desjenigen, was ein Kind wegen ungesetzlicher Scheidung aus dem Vermögen der Mutter erhalten hat. nov. 134. cap. 11. Außerdem zählen Manche noch folgende Fälle hieher: 1) wenn dem Kinde eines Wahnsinnigen eine Erbschaft zugefallen, nach L. 52. pr. D. de acquir. hered. 29. 2. Puchta §. 437. not. n. Dagegen Vang. §. 237. Anm. 1. 2) wenn der Vater dem Sohne ein Fideicommiß wegen schlechter Verwaltung sofort restituiren muß, nach L. 50. ad Sc. Trebell. 36. 1. Puchta §. 137. not. p. Andere nehmen hier ein quasi castrense peculium an. Vang. §. 235. In der That aber liegt hier ein eigenthümliches Verhältniß vor, das von peculium quasi castrense sowohl als von dem adventitium irregulare verschieden ist: Imperator Hadrianus, quum Vivius Cerealis filio suo Vivio Simonidi, si in potestate sua esse desiisset, hereditatem restituere rogatus esset, ac multa in fraudem fideicommissi fieri probaretur, restitui hereditatem filio iussit ita, ne quid in ea pecunia, quamdiu filius eius viveret, iuris haberet. Nam quia cautiones non poterant interponi conservata patria potestate, damnum conditionis propter fraudem inflixit; post decreti autem auctoritatem filio militi comparari debuit, si res a possessoribus peti vel etiam cum debitoribus agi oporteret. Sed paternae reverentiae congruum est, egenti forte patri officio iudicis ex accessionibus hereditariis emolumentum praestari. Nur *quamdiu filius viveret* soll der Vater hier kein Recht haben; stirbt der Sohn, ehe er *in potestate esse desiit*, so ist das Fideicommiß ganz hinfällig, weil seine Bedingung nicht erfüllt worden. Ganz untauglich ist übrigens diese Stelle, um zu beweisen, daß der Vater durch schlechte Verwaltung sein Recht an den Adventitien verliere.

§. 435.

ε) Rechtsgeschäfte zwischen Vater und Kind.

Aus der Natur des Verhältnisses zwischen Vater und Kind (§. 428. 429.) ergab sich nach altem Recht von selbst die Unmöglichkeit klagbarer Rechtsansprüche und civilrechtlich gültiger Rechtsgeschäfte unter ihnen [1]. Diese ist auch im Justinianischen Rechte noch als Regel anerkannt [a]. Ist dem Sohne ein Peculium gegeben (§. 430.), so können in Beziehung darauf wohl Schuldverhältnisse zwischen Vater und Sohn stattfinden, Forderungen oder Schulden des Peculiums an den Vater, die aber nur als naturales

[e] L. 8. §. 1. Cod. l. c.

[a] §. 6. J. de inutil. stip. 3. 19. L. 2. pr. D. de contrah. emt. 18. 1. L. 50. D. ad Sc. Trebell. 36. 1. cf. §. 430. not. b. c. L. 7. D. de O. et A. 44. 7. L. 16. D. de furt. 47. 2.

obligationes bestehen [b], auch als solche während der Dauer der väterlichen Gewalt nur dritten Personen gegenüber [c], erst nach Endigung derselben auch zwischen Vater und Kind, mit Rücksicht auf das Schicksal des Peculiums wirken [d]. Und dasselbe gilt denn auch [e] in Ansehung der unter Personen, welche in derselben väterlichen Gewalt stehen, entstandenen Obligationen [2].

In dieser Beziehung macht auch das regelmäßige Verhältniß der bona adventitia keine Aenderung; bezüglich derselben ist das Kind, obwohl ihm das Eigenthum vorbehalten ist, noch ganz vom Vater abhängig, und entbehrt jeder Dispositionsbefugniß. Ueberläßt dieser ihm den Genuß solcher Güter und den Bezug von Früchten derselben, so wirkt dieses nicht anders, als wenn er ihm sonst etwas von dem Seinigen gibt, und nur wenn er es vor Endigung der väterlichen Gewalt nicht zurücknimmt, bleibt das dadurch Gewonnene dem Kinde, wie ein anderes nicht widerrufenes Geschenk [f]. Rücksichtlich des castrense und quasi castrense peculium aber fällt die fragliche Rechtsregel völlig weg [g], und auch rücksichtlich der bona adventitia irregularia scheint es inconsequent, dieselbe noch fest zu halten [3].

Anm. [1] Man hat dieses gewöhnlich aus einer sog. unitas personae abgeleitet, die zwischen Vater und Kind durch die väterliche Gewalt bestehe. Veranlaßt ist dieser Ausdruck „durch eine nicht hiehergehörige Phrase Justinians" in L. 11. Cod. de impub. subst. 6. 26. „cum et natura pater et filius eadem persona pene intelligantur"; vgl. §. 4. J. de inutil. stip. 3. 19. „quia vox tua tamquam filii sit, sicuti filii vox tamquam tua intelligetur in iis rebus, quae tibi acquiri possunt", woraus man ebensogut eine „unitas oris hätte ziehen können". Puchta §. 432. not. d. „Der Ausdruck Personeneinheit ist sehr ungeeignet, die wahre Natur des Verhältnisses zu bezeichnen; wer von ihm als Princip ausgeht, wird unter drei Punkten zwei falsch entscheiden." Puchta Vorles. §. 432. Vgl. vorzüglich v. d. Pfordten Abh. Nr. 2. „über Obligationen zwischen den durch väterliche Gewalt verbundenen Personen."

[2] L. 38. pr. D. 12. 6. (eine der sog. leges damnatae): Frater a fratre, cum in eiusdem potestate essent, pecuniam mutuatus, post mortem patris ei solvit; quaesitum est, an repetere possit? Respondit: utique quidem pro ea parte, qua ipse patri heres extitisset, repetiturum, pro ea vero, qua frater heres extiterit, ita repetiturum, si non minus ex

[b] L. 3. §. 7. L. 11. §. 2. L. 38. pr. §. 1. L. 52. pr. 56. D. de peculio. 15. 1. L. 38. D. de cond. indeb. 12. 6. [c] L. 56. §. 1. D. de fideiuss. 46. 1. cf. §. 247. not. o. r. [d] L. 38. §. 1. 2. D. de cond. indeb. 12. 6. [e] L. 38. pr. cit. [f] L. 6. §. 2. Cod. de bon. quae lib. 6. 61. [g] L. 2. pr. D. de contrah. emt. 18. 1. L. 42. §. 3. D. de acquir. hered. 29. 2. L. 15. §. 1. 2. D. de castrensi pecul. 49. 17. cf. L. 10. in f. D. de fideiuss. 46. 1. L. 4. D. de iud. 5. 1.

peculio suo ad fratrem pervenisset; naturalem enim obligationem, quae fuisset, hoc ipso sublatam videri, quod peculii partem frater sit consecutus, adeo ut, si praelegatum filio eidemque debitori id fuisset, deductio huius debiti a fratre ex eo fieret; idque maxime consequens esse ei sententiae, quam Julianus probaret: si extraneo quid debuisset et ab eo post mortem patris exactum esset, tantum iudicio eum familiae erciscundae recuperaturum a coheredibus fuisse, quantum ab his creditor actione de peculio consequi potuisset. Igitur et si re integra familiae erciscundae agatur, ita peculium dividi aequum esse, ut ad quantitatem eius indemnis a coherede praestetur; porro eum, quem adversus extraneum defendi oportet, longe magis in eo, quod fratri debuisset, indemnem esse praestandum. Vgl. v. d. Pfordten S. 172. fg.

3 Noch weiter geht v. d. Pfordten S. 144. fg., indem er selbst auch bezüglich des peculium adv. reg., wenn gleich mit enger Beschränkung, Rechtsgeschäfte zwischen Vater und Sohn zuläßt. Dagegen halten Viele auch bezüglich des pec. adv. irregulare solche noch für unstatthaft. Puchta §. 438. Vang. §. 237. Sint. §. 142. not. 8.

§. 436.

b) Heutige Geltung des römischen Rechts.

Die bisher (§. 429...435.) dargestellten Regeln des römischen sog. Peculienrechts werden nicht nur von den meisten Schriftstellern noch als praktische vorgetragen; in den meisten Hauptpunkten ist auch deren gemeinrechtliche Gültigkeit unbestritten anerkannt [1]. Insbesondere hat das Recht der Adventitien (§. 432.), mit den Beschränkungen der §. 431. 434., um so leichter in Deutschland Anerkennung gefunden, als schon nach älterem deutschen Rechte dem Vater kraft der väterlichen Vormundschaft wesentlich gleiche Befugnisse am Vermögen der Kinder zugestanden waren. Allein nach heutigem Recht muß 1) allerdings wohl als Princip dieses Verhältnisses anerkannt werden, daß der väterliche Nießbrauch als Ausfluß der väterlichen Gewalt an deren Dauer geknüpft sey [2]. 2) Sehr zweifelhaft ist die praktische Gültigkeit des praemium emancipationis [3]. 3) Von manchen wird behauptet, daß jetzt allgemein Rechtsgeschäfte zwischen Vater und Kind vollkommen wirksam seyen, daher auch insbesondere Schenkungen des Vaters an das Kind, sofort unwiderruflich gültig, nicht ein peculium profectitium bilden oder vermehren, vielmehr den Adventitien gleichzustellen seyen, ja, daß 4) ein peculium profectitium heutzutage überall nicht mehr vorkomme, also auch von der darauf bezüglichen actio de peculio oder tributoria keine Rede mehr sey [4].

Anm. [1] Vgl. überhaupt Kraut, die Vormundschaft nach den Grundsätzen des deutschen Rechts II. S. 618. fg.

[2] Vgl. §. 433. Anm. 1. 3. 4. Dem ältern deutschen Rechte ist dieses Princip entsprechend, und nach der herrschenden Meinung wurde es bis zur neuesten Zeit auch für das R. R. durchgängig angenommen.

[3] Kraut a. a. O. S. 665. fg. Der Zweifelsgrund dagegen ist, daß heutzutage die väterliche Gewalt auch ohne Emancipation gewöhnlich noch bei Lebzeiten des Vaters endigt. Indessen ist in einzelnen Particularrechten das praemium emancipationis sogar ausdrücklich anerkannt, und zwar consequent auch, sofern sie durch des Vaters Willen geschieht, bei der sog. emancipatio Germanica. vgl. Puchta §. 445.

[4] Vgl. Kraut a. a. O. S. 634. fg. Dollmann in Seuffert's Bl. f. Rtsanwend. XIV. S. 129. fg. Seuffert Pand. §. 483. 485. 486. Gerber deutsches Privatrecht §. 141. 142. Bayr. Landr. I. 5. §. 2. nr. 4. „obschon nach Römischen Rechten Vater und Kinder dergestalt für eine Person geachtet werden, daß zwischen ihnen weder eine Schenkung, noch Contract, Process oder andere Handlung Platz greiffet, so ist doch solches ... nicht mehr in Gebrauch u. s. w." und sodann zu I. 5. §. 3., wo die römische Theorie des peculium profectitium noch anerkannt ist, Kreittmayr in den Anm. unter Nr. 2. „Hieraus nun siehet man wohl, daß sothane Action (de peculio) meistentheils nur Kauf- oder Handelsleute betreffe, welche ihre Kinder mit einem gewissen Theil ihres Vermögens marchandiren lassen. Und da nun dieses heutzutage selten mehr geschieht, ohne daß die Kinder ausdrücklich oder tacite per separatam oeconomiam der väterlichen Gewalt entlassen worden, so kommt auch diese Action nicht leicht mehr auf das Tapet. Ita ut hodie plus difficultatis quam utilitatis habere videatur" (Lauterb. colleg. h. t. §. 41.). Vgl. auch Seuffert's Arch. I. 353. VII. 195. 196. — Vgl. jedoch Seuffert's Arch. II. 305., wo ein neueres OA-Erkenntniß angeführt wird, das die Widerruflichkeit der väterlichen Schenkung noch anerkennt. Bedenklich ist es, ein Rechtsinstitut wegen der Seltenheit seines Vorkommens in gerichtlichen Verhandlungen als unpraktisch ganz über Bord zu werfen; bedenklich, jeder Gabe des Vaters an das Kind, die unter andern Personen als unwiderrufliche Schenkung erscheinen würde, die Wirkung beizulegen, daß deren Gegenstand dem Verfügungsrechte des Vaters unwiderruflich entzogen sey. Dagegen aber jetzt Dietzel im Jahrb. des gem. d. Rechts II. 1. a. E.

II. Vom Verhältniß der Aeltern zu den Kindern überhaupt.

§. 437.

A. Zu leiblichen Kindern.

Ohne Rücksicht auf väterliche Gewalt besteht zwischen Aeltern und Kindern gegenseitig die Pflicht der Unterhaltsgewährung nach §. 348. Die Kinder sind außerdem den Aeltern Ehrerbietung schuldig [a].

[a] Dig. de obsequiis parentibus et patronis praestandis. 37. 15. cf. L. 4. 5. Cod. de patr. pot. 8. 47. L. 4 Cod. de cur. fur. 27. 10.

Deshalb sollen die Kinder von den Aeltern keinen Gefährdeeid [1] verlangen [b], und kein ehrenkränkendes oder ausdrücklich auf Dolus sich gründendes Rechtsmittel gegen dieselben in Anwendung bringen [c], ausgenommen wegen atrox iniuria [d], noch dieselben peinlich anklagen [e]. Beleidigungen der Kinder gegen die Aeltern aber werden besonders geahndet [f]. Auch steht diesen gegen jene [2] die Rechtswohlthat der Competenz zu [g]. Sodann haben die Aeltern als solche, also auch die Mutter, obgleich der Wille des Vaters regelmäßig überwiegt, das Recht auf die Erziehung des Kindes, und unter Umständen wird die Erziehung der Mutter selbst mit Ausschließung des Vaters eingeräumt, namentlich wenn dieser die Schuld der Scheidung trägt oder seines schlechten Lebenswandels wegen das Wohl der Kinder durch ihn gefährdet wäre [h]. Endlich wird schon nach römischem Rechte bei der Ehe einer minderjährigen Tochter, nach heutigem Recht aber überhaupt bei der Ehe der Kinder auch auf die Einwilligung der Mutter Rücksicht genommen [i].

Uebrigens hat das Kind gegen die Aeltern nöthigenfalls eine Klage auf Anerkennung seines Kindesverhältnisses, actio de liberis agnoscendis et alendis oder sog. actio de filiatione, und auch die Mutter kann gegen den sie verweigernden Vater auf Anerkennung des Kindes klagen (actio de partu agnoscendo), wobei jedoch, falls das Kind erst nach der Scheidung geboren ist, gemäß dem Sc. Plancianum die Beobachtung besonderer Maßregeln vorausgesetzt ist [k]. Andere Vorschriften hat noch das Edict für den Fall aufgestellt, wenn die Frau nach dem Tode des Mannes schwanger zu seyn behauptet [l].

Anm. 1 L. 7. §. 3. D. h. t. 37. 15. sagt: Nec deferentes iusiurandum de calumnia iurant. Dagegen L. 34. §. 4. D. de iureiur. 12. 2. Hoc iusiurandum neque patrono neque parentibus remittitur; aber hier ist zu lesen: *aeque patrono parentibusque;* oder: *aeque p. atque par. remittitur,*

2 Das beneficium competentiae der Aeltern hatte nach seiner ursprüng-

[b] L. 7. §. 3. D. h. t. 37. 15. [c] L. 2. 5...7. pr. eod. cf. L. 4. §. 16. D. de doli except. 44. 4. [d] L. 7. §. 3. 4. D. de iniur. 47. 10. cf. L. 16. D. de iureiur. 12. 2. [e] L. 11. §. 1. D. de accusat. 48. 2. [f] L. 1. §. 2. 3. D h. t. 37. 15. L. 4. Cod. de patr. pot. 8. 47. [g] L. 7. §. 1. eod. § 38. J. de act. 4. 6. L. 54. D. solut. matr. 24. 3. cf. §. 225. Anm. 2. [h] L. 1. §. 3. L. 3. §. 4. 5. D. de lib. exhib. 43. 30. L. un. Cod. divortio facto apud quem liberi morari et educari debeant. 5. 24. Nov. 117. cap. 7. [i] L. 1. 20. Cod. de nupt. 5. 4. cf. §. 439. not. d. [k] L. 1...3. D. de agnosc. et alend. lib. 25. 3. cf. §. 348. [l] Dig. de inspiciendo ventre custodiendoque partu. 25. 4.

lichen Bedeutung (§. 225. Anm. 1.) gewiß nur in der reverentia parentibus debita seinen Grund, wozu aber nach dessen späterer Bedeutung auch noch die Alimentationspflicht der Kinder gegen die dürftigen Aeltern als unterstützender Grund hinzukommt (§. 348.). Daß auch die Kinder den Aeltern gegenüber derselben Rechtswohlthat genießen, ist in den Quellen nirgendwo bestimmt ausgesprochen (not. g.); ein ungenügender Beweis dafür ist es, den man in L. 30. in f. D. de re iud. 42. 1. hat finden wollen, und aus der Gegenseitigkeit der Alimentationspflicht ist es auch nicht schlechthin abzuleiten. Es ist daher wohl gegründet, wenn die Neuern großentheils es nicht annehmen. Vang. §. 174. Anm. 2.

§. 438.

B. Zu angenommenen Kindern.

Eine vollkommene Adoption erzeugt zwischen dem Adoptirten und Adoptivvater, auf so lange die Adoptivverwandtschaft besteht, auch in den in §. 437 angegebenen Beziehungen ein gleich wirksames Verhältniß, wie zwischen dem leiblichen Vater und seinem Kinde. Aber auch eine Frau kann durch Rescript des Regenten ein Kind mit der Wirkung adoptiren, daß dasselbe zu ihr ganz die Stellung eines leiblichen rechtmäßigen Kindes einnimmt, obgleich sie nicht die väterliche Gewalt erlangen kann[a]. Dagegen hat die sog. adoptio minus plena (§. 426) kein älterliches Recht zur Folge; ihre juristische Wirkung besteht nur darin, daß der Adoptirte ein gesetzliches Kindeserbrecht erlangt[b], welches durch Emancipation wieder ausgeschlossen werden kann[c]. Ein anderes Verhältniß, das jedoch mit der adoptio minus plena verbunden seyn kann, ist das der Pflegkindschaft. Dieses hat aber, abgesehen von den in Beziehung auf die Aufnahme des Pflegkindes (alumnus) etwa durch Vertrag begründeten obligatorischen Rechtsansprüchen, keine juristische (familienrechtliche) Wirkung; nur soll das Pflegkind die Pflegältern nicht peinlich anklagen[d].

Anm. Ein Rescript von Diocletian und Maximian (L. 5. Cod. de adopt.) gewährte der Bittstellerin Syra die Adoption ihres Stiefsohnes „in solatium filiorum amissorum", und so sagt auch §. 10. J. eod. „Feminae ... ex indulgentia principis ad solatium liberorum amissorum adoptare possunt." Es ist aber kein Zweifel, daß die indulgentia principis auch, wo dieser Beweggrund nicht stattfindet, die Adoption gewähren kann.

---

[a] L. 5. Cod. de adopt. 8. 48. §. 10. J. de adopt. 1. 11. cf. L. 29. §. 3. D. de inoff. test. 5. 2. [b] L. 10. §. 1. Cod. de adopt. 8. 48. [c] L. 10. §. 2. Cod. l. c. [d] L. 17. Cod. de his qui accus. n. p. 9. 1. cf. L. 132. pr. D. de V. O. 45. 1.

Drittes Capitel.

Von der Vormundschaft.

I. Begriff und Arten.

§. 439.

Vormundschaft[1] ist eine für solche Personen, welche ihre rechtlichen Angelegenheiten selbst gehörig wahrzunehmen wegen persönlicher Eigenschaften nicht im Stande sind, rechtlich angeordnete Fürsorge und Vertretung durch andere Personen, welche als Surrogat für den durch die Unterwerfung unter die väterliche Gewalt zugleich gewährten Schutz für Schutzbedürftige da eintritt, wo jener Familienschutz nicht besteht oder nicht ausreicht[2].

Anm. [1] Vgl. überhaupt Rudorff, das Recht der Vormundschaft, aus den gemeinen in Deutschland geltenden Rechten entwickelt, 3 Bde., Berlin 1832...34. Kraut, die Vormundschaft nach den Grundsätzen des deutschen Rechts dargestellt, 2 Bde., Göttingen 1835. 1847.

[2] Nach diesem Gesichtspunkte reiht man die Vormundschaft den Familienverhältnissen an. Savigny System I. S. 361. Arndts Encyklop. §. 64. Dagegen Puchta, welcher die Lehre von der Vormundschaft in das Obligationenrecht stellt (Pand. §. 331...355.); vgl. auch Kraut I. S. 96. Kuntze in systemate iur. civ. hod. doctrina de iure tutelae num iuri obligationem adscribenda sit? Lipsiae 1851.

§. 440.

Die Gründe, wegen deren eine Vormundschaft eintreten kann, sind:

1) Jugendliches Alter. Aus diesem Grunde sollen nach römischem Recht a) Unmündige, die sui iuris sind, von Rechtswegen unter einer Vormundschaft stehen, welche Tutela heißt, tutela impuberum s. pupillorum[a]. b) Mündige Minderjährige bedürfen zu gewissen Handlungen des Beistandes eines Curators, und kann ihnen in einigen Fällen auch wider ihren Willen ein solcher bestellt werden[b]; sie können auf ihr Gesuch immer Curatoren für ihr ganzes Vermögen erhalten; aber eine allgemeine Vorschrift, daß sie unter Vormundschaft stehen sollen, besteht im römischen Rechte nicht[c]. Der Unterschied zwischen der tutela impuberum und cura minorum[1] besteht darin, daß der Tutor durch seine Auctoritas

[a] Inst. de tutelis. 1. 13. Dig. 26. 1. [b] L. 2. 3. Cod. qui legitimam pers. in iud. 3. 6. de in litem dando tut. v. cur. 5. 44. L. 1. 7. Cod. qui pet. tut. 5. 33. L. 5. §. 5. L. 33. §. 1. D. de adm. tut. 26. 7. cf. L. 1. in f. . . L. 3. pr. D. de minor. 4. 4.
[c] pr. §. 2. J. de curatoribus. 1. 23.

die Handlungsfähigkeit des impubes infantia maior an sich ergänzt [d], während bei dem curator minoris nur von dessen Zustimmung zu selbständig vorgenommenen Handlungen des Minderjährigen die Rede ist [e]. Die erste endigt mit der Mündigkeit [f], und tritt alsdann in der Regel nur ein Anderer, nicht der gewesene Tutor, als Curator für die Zeit der Minderjährigkeit ein [g]. Nach heutigem Rechte aber ist es allgemeine Vorschrift, daß Minderjährige unter Vormundschaft stehen, und ist nun die tutela impuberum und die cura minorum zu einer von der ersten Kindheit bis zur Volljährigkeit sich erstreckenden Altersvormundschaft verschmolzen worden [2].

2) Mangel der Willensfähigkeit wegen geistiger Krankheit; darauf beruht die cura furiosi [h], die jedoch nur dann eintritt, wenn nicht ohnehin durch Altersvormundschaft für den Wahnsinnigen gesorgt ist [i]. Damit verwandt ist

3) Unsinnige Verschwendung, wegen deren einer sonst selbständigen Person durch richterliches Dekret nach vorgängiger Untersuchung die eigene Verwaltung ihres Vermögens entzogen [k] und somit das Bedürfniß einer Vormundschaft für dieselbe begründet ist, cura prodigi [l].

4) Hinderung eigener genügender Fürsorge für sich selbst durch andauernde Schwäche oder Kränklichkeit oder einen körperlichen Fehler, z. B. Stummheit, Taubheit, wegen deren Jemand mit seinem Willen einen Vormund (Curator) erhalten kann; daher die sog. cura debilium personarum [m].

Nicht hieher gehören die Fälle, wo ohne unmittelbare Rücksicht auf die Person für die Verwaltung gewisser Güter ein Curator bestellt wird (cura bonorum oder rerum, §. 296.).

Anm. [1] Vgl. Löhr, über die römischen Begriffe von Tutel und Curatel, im Mag. für Rtsw. III. 1. 14. Bethmann-Hollweg im Rh. Mus. VI.

[d] Inst. de auctoritate tutorum. 1. 21. Cod. de auctoritate praestanda. 5. 59. L. 19. D. de auct. tut. 26. 8. L. 17. §. 1. D. de app. 49. 1. cf. §. 4. J. qui dari tut. 1. 14.
[e] Dig. de auctoritate et *consensu* tutorum et *curatorum*. 26. 8. [f] pr. J. quib. mod. tut. fin. 1. 22. L. 3. Cod. quando tut. esse desin. 5. 60. [g] L. 5. §. 5. D. de adm. 26. 7. not. b. cf. §. 18. J. de excus. 1. 27. L. 25. D. de tut. dat. 26. 5. L. 20. Cod. de excus. 5. 62. [h] §. 3. J. de curator. 1. 23. Dig. de curatoribus furioso et aliis extra minores dandis. 27. 10. Cod. de curatore furiosi vel prodigi. 5. 70. [i] L. 3. pr. §. 1. D. de tutel. 26. 1. L. 1. Cod. h. t. 5. 70. cf. L. 8. §. 3. D. de tut. dat. 26. 5.
[k] L. 1. D. de curat. fur. 27. 10. cf. §. 37. not. h. L. 12. §. 2. D. de tut. dat. 26. 5.
[l] §. 3. J. l. c. cf. not. h. [m] §. 4. J. l. c. L. 2. D. de cur. fur. 27. 10. L. 12. pr. D. de tut. dat. 26. 5.

S. 252...254., mit Savigny, von dem Schutz der Minderjährigen im R. R., und insbesondere von der lex Plaetoria, in der Ztschr. f. gesch. Rtsw. X. 3., in den vermischten Schriften II. 18.

2 RPO. v. 1548. Tit. 31. §. 1. v. 1577. Tit. 32. §. 1.... Wenn aber nun den Obrigkeiten zusteht, in dem gebührlich und billig Einsehens zu haben, damit die Pupillen und minderjährigen Kinder unbetrogen und unvernachtheiligt bleiben, so wollen Wir allen und jeden Churfürsten, Fürsten, Grafen, Prälaten, Herren von Adel und Communen hiemit ernstlich auferlegt und befohlen haben, in ihren Fürstenthümern, Herrschaften, Obrigkeiten und Gebieten dermassen Versehung zu thun und zu verordnen, daß den Pupillen und minderjährigen Kindern jederzeit, bis sie zu ihren vogtbaren Jahren kommen, Vormünder und Vorsteher, da die ihnen von ihren Eltern in Testamenten oder letzten Willen nit verordnet, oder ihre angeborne Freund und Verwandte sich der Vormundschaft aus rechtmäßigen Ursachen nit unterziehen wollten oder darzu tüglich und geschickt wären, gegeben werden." Vgl. Rudorff I. §. 14. 15. Kraut II. S. 94. fg.

§. 441.

Der Obrigkeit liegt nicht nur ob, dafür zu sorgen, daß den einer solchen bedürftigen Personen eine Vormundschaft wirklich bestellt werde; sie kann und soll auch in gewissem Maße Einfluß auf die Führung der Vormundschaft üben, um der Gefährdung des Bevormundeten durch Untreue oder Fahrlässigkeit und Unklugkeit der Vormünder entgegenzuwirken. Darin besteht die Obervormundschaft, die als ein Ausfluß der Polizeigewalt des Staats zu betrachten ist und die Vormundschaft als ein Institut von theilweise öffentlich-rechtlichem Charakter erscheinen läßt. Eine solche obervormundschaftliche Gewalt tritt schon im römischen Rechte mehrfach bedeutend hervor, ist aber noch vollständiger im neuern Rechte anerkannt und ausgebildet, und zwar als ein regelmäßiges Attribut der richterlichen Gewalten.

Anm. 1 RPO. a. a. O. §. 3. a. E. „indem dann alle und jede Obrigkeiten, vermög göttlicher und Unserer Keyserlichen Gebott, sonders fleißiges Aufsehen zu thun, aus tragendem Ampt, sich schuldig erkennen, und darumb keines Vormünders Fahrlässigkeit, noch weniger Vervortheilung bei seinem Pflegkind, oder dessen Gütern ungestraft hingehen lassen sollen." Vgl. Rudorff I. §. 2. Kraut I. S. 77. fg. II. S. 95. — Puchta §. 331. a. E. „Manche Particularrechte sind in dieser Richtung so weit gegangen, daß in ihnen die vormundschaftliche Verwaltung von der obervormundschaftlichen so viel möglich nahezu absorbirt worden ist, ein der Einfachheit, Sparsamkeit und Energie der Verwaltung ungünstiges Extrem." Arndts in krit. Jahrb. X. S. 240. „der Gesetzgeber muß sich darein ergeben, es niemals völlig hindern zu können, daß ein Mündel zu Schaden komme; sonst wird er es leicht dahinbringen, daß fast jeder zu Schaden kommt."

² Neben der staatlichen Obervormundschaft kommt noch ein gewisser Einfluß der nächsten Angehörigen des Mündels, eines Familienrathes, in vormundschaftlichen Angelegenheiten vor. Vgl. darüber Arndts a. a. O. S. 241. mit Rudorff §. 3.

II. Begründung der Vormundschaft.

A. Fähigkeit zur Vormundschaft.

§. 442.

Fähig zur Vormundschaft sind regelmäßig nur Personen männlichen Geschlechts [a], sui oder alieni iuris [b], die nicht selbst noch einer Vormundschaft bedürfen [c]. Frauen sind davon ausgeschlossen [d]; nur Mütter und Großmütter können über Kinder und Enkel die Vormundschaft führen, wenn sie auf die weiblichen Rechtswohlthaten verzichten und so lange sie nicht eine andere Ehe eingehen [e]. Außerdem sind unfähig 1) Bischöfe und Mönche ohne Ausnahme, andere Geistliche mit der Ausnahme, daß ihnen die gesetzliche Vormundschaft über Verwandte zu führen gestattet ist [f]. 2) Soldaten [g], ausgenommen sofern sie durch Testament eines Mitsoldaten zur Vormundschaft berufen sind [h]. 3) Minderjährige [i]. 4) Wahnsinnige und erklärte Verschwender, sowie auch solche Personen, die wegen Krankheit oder körperlichen Gebrechen zu solchem Amte natürlich untauglich sind; diese sind zwar nicht geradezu für unfähig erklärt, und ihre Berufung ist nicht von Rechtswegen (ipso iure) nichtig, aber sie sollen von der Obrigkeit weder zu Vormündern berufen, noch, wenn sie auf andere Weise berufen wären, zur Führung der Vormundschaft zugelassen, und, wenn der Mangel erst später eintritt, von derselben entfernt, statt derselben aber ein anderer Vormund, unter Umständen nur interimistisch, obrigkeitlich ernannt werden [k]. Ueberhaupt kann und soll zudem die obervormundschaftliche Behörde einen Vormund ausschließen, den sie für untauglich oder das Beste des Mündels gefährdend zu halten genügenden Grund hat [l].

[a] L. 16. pr. D. de tutel. 26. 1. L. 1. Cod. quando mul. 5. 35. [b] pr. J. qui test. tut. dari poss. 1. 14. [c] L. 16. §. 1. L. 17. D. l. c. §. 13. J. de excus. 1. 25. [d] L. 18. D. l. c. [e] L. 2. 3. Cod. quando mulier tutelae officio fungi potest. 5. 35. Nov. 89. cap. 14. nov. 94. cap. 2. nov. 118. cap. 5. cf. §. 361. Anm. 3. §. 362. not. d. §. 417. [f] nov. 123. cap. 5. [g] L. 4. Cod. qui dare tutores vel curatores et qui dari non possunt. 5. 34. [h] L. 23. §. 1. D. de excusat. 27. 1. [i] L. 5. Cod. de legit. tut. 5. 30. §. 13. J. de excusat. 1. 25. cf. L. 10. §. 7. D. de excus. 27. 1. §. 2. J. qui test. tut. 1. 14. [k] L. 1. §. 2. 3. L. 17. D. de tutel. 26. 1. L. 10. §. 8. L. 11. 12. pr. L. 40. pr. D. de excus. 27. 1. L. 3. Cod. qui dare tut. 5. 34. [l] L. 3. §. 12. D. de susp. tut. 26. 10. cf. §. 441. Anm. 1.

Anm. In den Fällen unter Nr. 4. sprechen die Quellen noch von einer excusatio (§. 447.). Da aber der Berufene hier, als unfähig zur Führung der Vormundschaft, auch wider Willen davon ausgeschlossen wird, so nennt man es excusatio necessaria. Die praktische Bedeutung des Unterschiedes zwischen diesen Fällen und denen der absoluten Unfähigkeit (nach Nr. 1...3.) besteht darin, daß hier die Berufung zur Vormundschaft ipso iure nicht eintritt, dort der Berufene nur durch obrigkeitliche Bestellung eines andern Vormunds beseitigt wird. Jedoch gilt auch von dem Falle unter Nr. 3. insofern dasselbe, als die testamentarische Ernennung eines Minderjährigen nicht schlechthin ungültig ist, sondern nur interimistisch ein anderer Vormund obrigkeitlich bestellt wird.

§. 443.

Manche Personen sind zwar nicht überhaupt von Vormundschaften ausgeschlossen, sollen aber bei gewissen Vormundschaften nicht zugelassen werden, sind also relativ unfähig, nämlich: 1) wer durch Verbot des Vaters oder der Mutter des Mündels ausgeschlossen ist [a], 2) wer mit dessen Eltern in unversöhnter Feindschaft gelebt hat [b], 3) wer sich zur Vormundschaft drängt [c], 4) der Ehemann, in Betreff der Vormundschaft über die Frau [d], 5) Gläubiger und Schuldner des Mündels mit Ausnahme der Mutter und Großmutter [e]. Ist das Schuldverhältniß verschwiegen, so verliert der Gläubiger seine Forderung, der Schuldner kann während der Vormundschaft nicht befreit werden [f]. Entsteht das Schuldverhältniß zwischen Vormund und Mündel erst nach übernommener Vormundschaft, so soll jenem ein zweiter Vormund beigesellt werden [g].

B. Berufung zur Vormundschaft. Delation.

§. 444.

Nach römischem Recht kann zur Tutel, nach heutigem Recht zu jeder Altersvormundschaft auf dreifache Weise Jemand berufen werden: 1) durch testamentarische Ernennung von Seiten des Vaters, durch dessen Tod der Mündel sui iuris geworden ist [a], testamentaria tutela [b]. Die Ernennung kann im Testament selbst oder in bestätigtem Codicill [c], auch unter Bedingung oder Zeitbestimmung [d]

[a] L. 21. §. 2. D. de tut. dat. 26. 5. L. un. Cod. si contra matris voluntatem tutor datus sit. 5. 47. [b] L. 3. §. 12. D. de susp. tut. 26. 10. L. 6. §. 17. D. de excus. 27. 1. [c] L. 21. §. 6. D. de tut. dat. 26. 5. [d] L. 2. Cod. qui dare tut. 5. 34. L. 14. D. de curat. fur. 27. 10. [e] Nov. 72. cap. 1. nov. 94. cap. 1. [f] Nov. 72. cap. 4. cf. §. 277. not. c. [g] Nov. 72. cap. 2.

[a] §. 3. 4. J. de tutel. 1. 13. cf. Inst. qui testamento tutores dari possunt. 1. 14. [b] Dig. de testamentaria tutela. 26. 2. Cod. 5. 28. [c] L. 3. pr. D. h. t. 26. 2. [d] §. 3. J. l. c. L. 8. §. 1...3. L. 11. pr. D. l. c.

geschehen, aber nicht bloß für einzelne Sachen oder Geschäfte [e]; der ernannte muß eine individuell bestimmte Person [f] und fähig seyn, zum Erben eingesetzt zu werden [g]. Eine ungültige testamentarische Ernennung kann indessen durch obrigkeitliche Bestätigung aufrecht erhalten werden [h]. Dies geschieht ohneweiters (sine inquisitione), wenn der Vater dem emancipirten Kinde einen Vormund ernannt hat [i], oder nur in der Form gefehlt worden ist [k]. Nur in Folge einer Untersuchung (ex inquisitione) soll es geschehen, wenn der Vater dem eingesetzten unehelichen Kinde [l], desgleichen wenn die Mutter ihrem eingesetzten Kinde, oder wenn ein Anderer seinem Erben, der kein anderes Vermögen hat [m], einen Vormund ernannt hat. 2) durch Rechtsatz, daher legitima tutela [n], gesetzliche Vormundschaft [1]; wenn eine gültige testamentarische Ernennung nicht stattgefunden oder dieselbe völlig beseitigt worden ist [o], so werden die nächsten zur Vormundschaft fähigen gesetzlichen Erben des Mündels dazu berufen [p]; 3) durch obrigkeitliche (richterliche) Ernennung [q], sog. tutela dativa; diese tritt ein, wenn weder testamentarisch noch gesetzlich ein Vormund berufen [r], oder der berufene von der Führung der Vormundschaft, wenn auch nur für eine gewisse Zeit, ausgeschlossen [s] oder entbunden [t], oder sonst die Wirksamkeit der Berufung noch ungewiß oder hinausgeschoben [u], oder nur einer von mehreren Vormündern zu ersetzen ist [v], oder sonst das Bedürfniß eintritt, für eine gewisse Zeit [w] oder für gewisse Geschäfte [x] anstatt des vorhandenen Vormunds einen andern zu bestellen [2].

[e] §. 4. J. l. c. L. 12... 15. D. l. c. [f] L. 20. pr. D. l. c. §. 27. J. de legat. 2. 20. [g] L. 21. D. l. c. [h] Dig. de confirmando tutore. 26. 3. Cod. 5. 29. [i] §. 5. J. de tutel. 1. 13. L. 1. §. 2. D. h. t. 26. 3. [k] L. 1. §. 1. L. 3. D. l. c. L. 2. Cod. h. t. 5. 29. L. 29. D. de test. tut. 26. 2. [l] L. 7. pr. D. h. t. 26. 3. L. 4. Cod. eod. nov. 89. cap. 14. [m] L. 4. 5. D. h. t. 26. 3. [n] Dig. de legitimis tutoribus. 26. 4. Cod. de legitima tutela. 5. 30. cf. Inst. de legitima agnatorum tutela. 1. 15. de legitima patronorum tutela. 1. 17. de legitima parentum tutela. 1. 18. de fiduciaria tutela. 1. 19. [o] L. 6. D. h. t. 26. 4. §. 2. J. de legit. agnat. tut. 1. 15. L. 9. 10. pr. §. 3. L. 11. D. de test. tut. 26. 2. [p] Nov. 118. cap. 5. cf. not. m. [q] Dig. de tutoribus et curatoribus datis ab his, qui ius dandi habent, et qui et in quibus causis specialiter dari possunt. 26. 5. Inst. de Atiliano tutore et eo, qui ex lege Julia et Titia dabatur. 1. 20. [r] pr. J. h. t. 1. 20. [s] L. 17. D. de tutel. 26. 1. L. 10. §. 7. D. de excus. 27. 1. L. 9. §. 1. D. de tut. act. 27. 3. L. 11. §. 2. D. de test. tut. 26. 2. cf. §. 442. not. i...l. [t] L. 11. §. 1. D. de test. tut. 26. 2. §. 5. J. de curat. 1. 23. [u] §. 1. J. h. t. 1. 20. L. 10. pr. 11. pr. D. l. c. L. 9. §. 2. D. de tut. act. 27. 3. cf. not. d. [v] L. 11. §. 4. D. de test. tut. 26. 2. L. 4 Cod. in quibus casibus tutorem habenti tutor vel curator dari potest. 5. 36. [w] L. 1. Cod. eod. L. 7. Cod. de susp. tut. 5. 43. L. 2. D. de tut. dat. 26. 5. [x] §. 3. J. de auct. tut. 1. 21. §. 5. 6. J. de curat. 1. 23. L. 27. pr. D. de test. tut. 26. 2. Cod. de in litem dando tutore vel curatore. 5. 44.

Anm. [1] Nach altem Recht waren die nächsten Agnaten, wie gesetzliche Erben, so auch gesetzliche Tutoren (not. n.); durch nov. 118. cap. 5. wurde beides gleichmäßig auf die Cognaten übertragen. Im ältern Recht kam aber, analog der gesetzlichen Tutel des Patronus, auch noch eine gesetzliche Tutel des emancipirenden Vaters (legitima parentis tutela) und seiner Söhne (fiduciaria tutela) über das emancipirte Kind vor (not. m.). Die Meisten halten diese für antiquirt durch Nov. 118. Rudorff I. S. 243. fg.: von Manchen werden sie noch als praktisch angesehen. Thibaut Abh. S. 285. fg. Vang. §. 267. Ein scheinbarer Grund dafür ist dieser: der Mutter und Großmutter wird in nov. 118. cap. 5. vor allen Seitenverwandten, also auch vor den mit ihnen in der Erbfolge concurrirenden Brüdern, der Vorzug gegeben; es scheint nicht annehmbar, daß der Vater bezüglich des emancipirten Kindes weniger Recht als jene haben sollte.

[2] Die Ernennung von Tutoren war in Rom durch eine lex Atilia dem praetor urbanus in Gemeinschaft mit der Mehrheit der Volkstribunen übertragen: daher Atilianus tutor. Kraft seines Amtes aber konnte der Prätor für einen Rechtstreit des Mündels mit seinem Tutor einen andern Tutor (praetorius tutor) ernennen, gegen die Regel: tutorem habenti tutor non datur, von welcher dann auch noch andere Ausnahmen gemacht wurden. Gai. I. 184. 185. Ulp. XI. 24. vgl. not. s. u. Freier war ohnehin die Ernennung von Curatoren, auch für einzelne Angelegenheiten, und diese war später so gewöhnlich als genügend, wo das Bedürfniß Bestellung eines Vormundes gegen jene Regel erfordert. §. 3. J. de auct. tut. 1. 18. §. 5. J. de curat. 1. 23.

§. 445.

Die übrigen Arten der Vormundschaft (Curatel, nach römischem Recht auch die über Minderjährige) werden regelmäßig durch die Obrigkeit bestellt [a]. Zwar gab es nach den zwölf Tafeln auch eine gesetzliche Curatel über Wahnsinnige und Verschwender [b]. Aber die letzte betraf nur denjenigen, welcher das durch gesetzliche Erbfolge ihm zugekommene väterliche Vermögen vergeudete [c], welche Beschränkung veranlaßte, daß später gewöhnlich obrigkeitliche Ernennung dafür eintrat [d], und bezüglich beider geschah die wirkliche Berufung doch nur unter Mitwirkung der Obrigkeit [e], welcher auch die Cognition über das Bedürfniß derselben zustand [f]. Testamentarische Ernennung solcher Vormünder bedarf immer der Ergänzung durch obrigkeitliche Bestätigung, die aber bei Ernennung durch den Vater auch hier ohne Prüfung, in andern Fällen nur nach einer solchen erfolgt [g].

[a] §. 1. 3. J. de curat. 1. 23. L. 12. D. de tut. et cur. dat. 26. 5. L. 1. 2. D. de cur. fur. 27. 10. L. 1. Cod. eod. 5. 70. [b] §. 3. J. cit. Ulp. XII. 2. 3. [c] Ulp. XII. 3. [d] L. 1. pr. D. h. t. 27. 10. [e] L. 7. §. 6. Cod. de cur. fur. 5. 70. cf. §. 3. J. cit. L. 13. D. l. c. [f] L. 6. D. l. c. cf. Pauli sentt. III. 4 [a]. §. 7. [g] L. 1. §. 3. L. 6. 11. D. de confirm. tut. 26. 3. L. 16. D. de cur. fur. 27. 10.

Anm. Nach den XII. tabb. stand die cura legitima ebenfalls den nächsten Agnaten zu, und so wird auch im Just. Recht noch der Agnat als legitimus curator furiosi (agnatus furiosi) in mehreren Stellen anerkannt. L. 12. D. de cur. fur. 27. 10. cf. L. 13. eod. L. 65. D. de solut. 46. 3. L. 2. 5. 7. §. 6. Cod. de cur. fur. 5. 70. Nach Nov. 118. wird nun consequent ein solches vorzügliches Anrecht auf die Curatel den nächsten fähigen Cognaten einzuräumen seyn.

§. 446.

Die obervormundschaftliche Behörde soll von Amtswegen darauf Bedacht nehmen, dem vorliegenden Bedürfniß der Bestellung einer Vormundschaft in angemessener Weise zu entsprechen [a]. Zugleich aber ist gewissen Personen zur Pflicht gemacht, der Obrigkeit von dem Falle des Bedürfnisses Kenntniß zu geben, und allenfalls eine zum Vormund taugliche Person in Vorschlag zu bringen, petere tutorem vel curatorem [b]. Verpflichtet dazu, und zwar innerhalb eines Jahres dieses Gesuch zu stellen, sind die nächsten Intestaterben des Mündels [c]; wegen schuldvoller Verabsäumung sollen sie von der Erbschaft des letzten ausgeschlossen werden, wenn derselbe, ohne die Fähigkeit zur Testamentserrichtung erlangt zu haben, gestorben ist [d]. Wo nur mit dem Willen des zu Bevormundenden die Vormundschaft angeordnet [e], oder erst durch obrigkeitliche Verfügung das Bedürfniß derselben festgestellt wird, kommen diese Vorschriften nicht zur Anwendung.

§. 447.

C. Pflicht zur Uebernahme der Vormundschaft.

Die Uebernahme einer rechtmäßig angetragenen Vormundschaft ist eine Last (munus publicum), der man sich nicht willkürlich entziehen kann [a]. Nur die Mutter und Großmutter sind dazu berechtigt, ohne verpflichtet zu seyn [b]. Es gibt jedoch eine Reihe von Gründen, excusationes, aus welchen Jemand die Uebernahme aller oder doch gewisser Vormundschaften ablehnen, oder selbst von

[a] RPO. Tit. 32. §. 1. L. 2. §. 2. cf. L. 4. pr. D. qui pet. tut. 26. 6. [b] Dig. qui petant tutores vel curatores et ubi petantur. 26. 6. Cod. qui petant tutores vel curatores. 5. 31. ubi petantur tutores vel curatores. 5. 32. [c] L. 2. §. 1. 2. D. l. c. L. 2. §. 23...46. D. ad Sc. Tertull. 38. 17. L. 10. Cod. de legit. hered. 6. 58. [d] L. 10. Cod. cit. L. 3. 6. Cod. ad Sc. Tertull. 6. 56. cf. L. 8. 11. Cod. qui pet. 5. 31. L. 2. §. 26. 27. 32...37. 43...46. D. ad Sc. Tertull. 38. 17. L. 2. Cod. si adv. del. 2. 35. [e] L. 2. §. 29. D. ad Sc. Tertull. 38. 17. cf. §. 2. J. de curat. 1. 23. L. 3. Cod. qui dare tut. 5 34. cf. §. 4. J. l. c.

[a] pr. J. de excus. 1. 25. [b] Nov. 94. cap. 1.

der schon übernommenen Vormundschaft entbunden zu werden verlangen kann [c]. Die Befreiung von Uebernahme der Vormundschaft muß nach erlangter Kunde von der Berufung zu derselben in gesetzlicher Frist bei dem competenten Gerichte geltend gemacht werden; widrigenfalls geht sie verloren. Diese Frist beträgt in jedem Falle wenigstens 50 Tage; demjenigen aber, welcher über 100 Milien entfernt ist, werden 30 Tage und für je 20 Milien ein Tag mehr, jedoch jedenfalls nicht weniger als 50 Tage gegeben [d]. Während der Verhandlung, die in 4 Monaten beendigt seyn soll [e], wird nöthigenfalls ein interimistischer Vormund bestellt [f]. Gegen das abweisende Erkenntniß kann Berufung eingelegt [g], auch innerhalb der gesetzlichen Frist noch ein weiterer Befreiungsgrund geltend gemacht werden [h]. Wird aber die nachgesuchte Befreiung endgültig abgewiesen, oder auch hinterher erst als thatsächlich ungegründet erkannt [i], so wird sie als nicht vorgeschützt angesehen, und der Vorschützende wegen des dem Mündel durch seine Zögerung entstandenen Nachtheils verantwortlich [k]. Der Uebernahme einer testamentarischen Vormundschaft kann sich, auch wenn er einen gesetzlichen Befreiungsgrund für sich hat, nicht mehr entziehen, wer ein Vermächtniß vom Testator angenommen [l] oder bei dessen Lebzeiten ihm versprochen hat, die Vormundschaft über seine Kinder zu übernehmen [m] (sog. tutela pactitia).

Anm. 1 Die einzelnen Befreiungsgründe sind folgende: a) Bekleidung eines obrigkeitlichen Amtes. §. 3. J. h. t. L. 6. §. 14. 16. L. 17. §. 4. 5. D. h. t. b) Verwaltung der Angelegenheiten des Regenten oder des Fiscus. §. 1. J. L. 22. §. 1. L. 41. pr. D. h. t. cf. L. 8. Cod. h. t. c) Aufnahme in das consistorium principis. L. 30. pr. D. eod. d) Abwesenheit im Dienste des Staates, bis zum Ablauf eines Jahres nach der Rückkehr. §. 2. J. L. 10. pr. §. 1...3. D. h. t. L. 1. 2. Cod. si tutor vel curator reipublicae causa aberit. 5. 64. e) ein geistliches Amt. L. 52. Cod. de episcop. 1. 3. f) ein öffentliches wissenschaftliches Lehramt oder Bestallung als Arzt. L. 6. §. 1...12. D. h. t. §. 15. J. eod. g) ehrenvolle Entlassung aus dem Kriegsdienste nach Ablauf der vollen Dienstzeit (von zwanzig Jahren),

[c] Inst. de excusationibus tutorum vel curatorum. 1. 25. Dig. de excusationibus. 27. 1. Cod. de excusationibus tutorum et curatorum et de temporibus earum. 5. 62. cf. Vat. fragm. §. 123...247. Pauli sentt. II. 27...30. [d] §. 16. J. h. t. 1. 25. L. 13. D. h. t. 27. 1. cf. L. 1. §. 1. D. quando app. 49. 4. [e] L. 38. D. h. t. 27. 1. [f] L. 17. §. 1. D. de appell. 49. 1. [g] L. 3. 6. 15. Cod. h. t. 5. 62. [h] §. 16. J. h. t. L. 21. §. 1. D. h. t. [i] §. 20. J. h. t. Cod. si tutor vel curator falsis allegationibus excusatus sit. 5. 63. [k] L. 15. 22. Cod. h. t. 5. 62. L. 20. 39. §. 6. D. de adm. 26. 7. [l] L. 5. §. 2. D. de his quae ut indign. 34. 9. cf. L. 32...34. D. h. t. 27. 1. [m] §. 9. J. h. t. L. 15. §. 1. D. h. t. cf. L. 29. in f. D. de test. tut. 26. 2.

jedoch mit Beschränkung bezüglich der Kinder von Soldaten; frühere Entlassung, nach dem fünften Dienstjahre, gibt nur zeitweilige Befreiung. L. 8. D. h. t. cf. L. 1. 2. Cod. de excusationibus veteranorum. 5. 64. h) Mitgliedschaft einer Corporation, der ein solches Privilegium ertheilt ist, das sich jedoch im Zweifel nicht auf die Vormundschaft über Kinder anderer Mitglieder an demselben Wohnorte erstreckt. L. 17. §. 1...3. L. 26. D. eod. cf. L. 41. §. 3. L. 42. eod. i) die Zahl von 3, 4 oder 5 leiblichen Kindern (in Rom, Italien oder den Provinzen). pr. J. h. t. L. 2. §. 2...8. L. 18. 36. §. 1. L. 37. D. eod. L. 1. 2. Cod. qui numero liberorum se excusant. 5. 65. k) drei Vormundschaften in einem Hause (tria onera in una domo), sey es, daß sie der Vater selbst oder ein seiner Gewalt Unterworfener verwaltet, sofern nur jener dafür haftet, ungerechnet diejenigen, die man aus freiem Antrieb übernommen hat, oder die nur geringe Schwierigkeit haben, wogegen umgekehrt nach Umständen auch wohl eine einzige besonders schwierige genügt. §. 5. J. h. t. L. 2. §. ult. L. 3...6. pr. 15. §. 15. 16. L. 31. D. eod. L. un. Cod. qui numero tutelarum se excusant. 5. 69. l) Armuth, wegen deren alle Thätigkeit für den eigenen Unterhalt in Anspruch genommen wird. §. 6. J. h. t. L. 7. 40. §. 1. D. eod. m) Krankheit, welche in Besorgung der eigenen Geschäfte dauernd hindert. §. 7. eod. L. 10. §. 8. L. 45. §. 4. D. eod. L. un. Cod. qui morbo se excusant. 5. 67. n) Unkunde im Lesen und Schreiben und überhaupt Mangel an Geschäftskenntniß, sofern diese der Führung der Vormundschaft hinderlich seyn würden. §. 8. J. h. t. L. 6. §. ult. D. eod. o) das Alter von 70 Jahren. §. 13. J. eod. L. 2. pr. §. 1. L. 15. §. 11. D. eod. L. un. Cod. qui aetate se excusant. 5. 68. p) Verschiedenheit des Wohnorts. L. 46. §. 2. D. eod. Aus demselben Grunde kann der Vormund auch Befreiung von der Verwaltung solcher Güter, die in einer andern Provinz oder 100 Milien von seinem Wohnort entfernt sind, begehren. L. 10. §. 4. L. 19. 21. §. 2. 3. D. eod. q) Ernennung durch den Vater aus Feindschaft. §. 9. J. L. 6. §. 17. D. eod. r) Erbschaftstreit des Berufenen mit dem Mündel. §. 4. J. L. 21. pr. D. eod. Endlich kann s) der gewesene Tutor nach R. R. die Cura über dieselbe Person ablehnen, §. 18. J. h. t. L. 16. D. L. 20. Cod. eod.

Von der letzten Bestimmung ist jedoch heutzutage nur mehr die Anwendung zu machen, daß der gewesene Altersvormund nach erreichter Volljährigkeit des Mündels nicht noch eine cura furiosi oder prodigi über denselben zu übernehmen braucht. Zweifelhaft ist auch die heutige Anwendbarkeit der Befreiungsgründe unter c. und g., weil sie mit römischen Einrichtungen zusammenhängen, und desjenigen unter i., welches zu den dem heutigen Rechte fremden Begünstigungen der Kindererzeugung gehörte, und jetzt nur mehr nach anderm Gesichtspunkte angemessen erscheint, insofern es nämlich unbillig ist, demjenigen, der noch für eine größere Zahl eigener Kinder zu sorgen hat, zudem die Vormundschaft über fremde aufzubürden. Entschieden unpraktisch sind einige andere besondere Befreiungsgründe, die noch im R. R. vorkommen. L. 6. §. 13. L. 8. §. 12. L. 17. §. 1...3. L. 26. 46. D. h. t. L. 24. Cod. h. t. 5. 62. L. 13. Cod. qui dare. 5. 34.

2 Von den angegebenen Befreiungsgründen können manche unter Umständen als sog. excusatio necessaria (§. 443.) die Bestellung zum Vormund hindern, z. B. die unter l. m. n., und so wohl in der Regel der unter r.

3 Auch von einer bereits übernommenen Vormundschaft entbinden die Befreiungsgründe unter 1. c. l. m., L. 11. §. 2. D. de minor. 4. 4. L. 11. 40. D. h. t.; sodann auch 1. d., wenn der Vormund im Dienste des Staats über Meer geht; denn im andern Fall wird nur ein interimistischer Vormund bestellt. L. 11. §. 2. cit. cf. §. 2. J. h. t. L. 10. §. 2. D. h. t. Auch berechtigt dazu eine Veränderung des Domicils (1. p.) auf Befehl oder mit Erlaubniß des Regenten, im letzten Fall vorausgesetzt, daß dieser die Vormundschaft kannte. L. 12. §. 1. D. h. t. 27. 1.

§. 448.

D. Anstellung des Vormundes.

Nach reichsgesetzlicher Vorschrift [a] soll jeder Vormund durch das obervormundschaftliche Gericht in die Verwaltung der Vormundschaft förmlich eingesetzt werden. Es geschieht durch ein gerichtliches Decret, das sog. Tutorium oder Curatorium, welches dem Vormunde zu seiner Legitimation zugefertigt wird. Dieser soll aber zuvor Bürgschaft stellen und den Vormundschaftseid ablegen [b], auch sofort beim Antritt der Vormundschaft ein Vermögensverzeichniß (Inventarium) errichten [c]. Die Pflicht und Verantwortlichkeit des Vormundes beginnt übrigens, sobald er von seiner Berufung zur Vormundschaft (bei obrigkeitlicher Bestellung, durch amtliche Bekanntmachung des Ernennungsdecrets) Kenntniß erhalten hat [d]. Er muß alsdann die obrigkeitliche Anstellung zur Verwaltung selbst betreiben, auch im Nothfall schon vorher Unaufschiebliches besorgen [e], und haftet wegen des durch verschuldete Zögerung dem Mündel verursachten Nachtheils [f].

Anm. Die RPO. verordnet (§. 2.): daß „ein jeglicher Vormünder, er sey gleich in Testaments Weis' verordnet, oder durch das Recht oder Richter gegeben, sich der Vormundschaft nicht unterziehen soll, die Verwaltung sey ihm dann zuvor durch die Obrigkeit decerniert und befohlen". (§. 3.) „Item, daß er nach befohlener Verwaltung von allen Gütern, liegend und fahrend, Schuldenbrief und Registern, ein Inventarium aufrichte, und rechtmäßige genugsame Caution und Versicherung thue, auch mit Gelübden und Eiden beladen werde, daß er seinen

[a] RPO Tit. 32. §. 2. [b] RPO. Tit. 32. §. 5. cf. Inst. de satisdatione tutorum vel curatorum. 1. 24. Dig. rem pupilli vel adolescentis salvam fore. 46. 6. Cod. de tutore vel curatore, qui satis non dedit. 5. 42. Nov. 72. cap. 8. [c] RPO. l. c. L. 7. pr. D. de adm. 26. 7. L. 13. §. 1. Cod. arb. tut. 5. 51. [d] L. 1. §. 1. L. 5. §. 10. L. 6. D. de adm. 26. 7. L. 5. Cod. de periculo tut. 5. 38. [e] L. 7. pr. §. 1. D. de adm. 26. 7. [f] L. 13. §. 1. D. de excus. 27. 1. Cod. si tut. vel cur. non gess. 5. 55. cf. §. 447. not. k.

Pflegkindern und ihren Gütern getrewlich und ehrlich vorseyn, ihre Personen und Güter versehen und wahren, die Güter nicht in seinen eigenen Nutzen kehren oder wenden, noch dieselbigen ohn' Vorwissen, Erkänntnis und Decret der Obrigkeit veräußern, verpfänden oder beschweren, und jährlich nit allein auf Erfordern der Obrigkeit, sondern auch selbst vermög seines anbefohlenen Amts, auch geleister Pflicht und Eids, gebürlich Rechenschaft anbieten und thun, um seine Verwaltung Red und Antwort geben, und alles Anderes handeln, das einem getreuen Vormünder eignet und zustehet, alles bei Vermeidung der Straf gemeiner Recht, u. s. w." Die hiernach erforderliche Anstellung des Vormundes pflegt man confirmatio Germanica zu nennen. — Im R. R. findet sich Vereidigung des Vormundes zuerst bei der cura furiosi (L. 7. §. 5. 6. Cod. de cur. fur. 5. 70.), sodann auch bei Altersvormundschaften (nov. 72. cap. 8. cf. nov. 115. praef.). Cautionsleistung ist im R. R. auch noch nicht allgemein vorgeschrieben, namentlich bei testamentarischer Vormundschaft nicht erforderlich (vgl. not. b. Rudorff II. S. 213. fg.). In der neuern Praxis wird übrigens auch die positive allgemeine Vorschrift der RPO. in dieser Beziehung häufig nicht befolgt, und dem Vormunde blos der Eid oder auch nur ein Handgelöbniß abgenommen. Rudorff II. S. 231. Sint. III. §. 148. not. 13. Seuffert §. 499.

III. Endigung der Vormundschaft [a].

§. 449.

Eine Vormundschaft hört völlig auf, wenn das Bedürfniß derselben wegfällt. Sie endigt daher 1) durch den Tod des Mündels, 2) durch dessen Unterwerfung unter die väterliche Gewalt, 3) die Altersvormundschaft insbesondere durch die Volljährigkeit des Mündels, 4) die Curatel über einen Wahnsinnigen durch dessen Genesung, 5) die über einen Verschwender durch dessen Besserung, in Folge deren er durch obervormundschaftliches Decret wieder für fähig der eigenen Verwaltung seines Vermögens erklärt wird, 6) die Vormundschaft über andere hülfsbedürftige Personen, wenn ihre Hülfsbedürftigkeit aufhört, weshalb sie selbst die Aufhebung der Vormundschaft betreiben können, endlich 7) die für eine einzelne Angelegenheit angeordnete Vormundschaft durch vollständige Erledigung des Geschäfts, welches dem Vormunde oblag.

Anm. Nach R. R. hörte die Tutel über Unmündige mit der Mündigkeit auf; heutzutage dauert die Vormundschaft fort bis zur Volljährigkeit oder (was ihr gleichsteht) Volljährigkeitserklärung (§. 35. not. c.). Nach R. R. endigt auch die cura prodigi wie die cura furiosi ipso iure, wenn der Mündel sanae mentis wird. L. 1. pr. D. de cur. fur. 27. 10. Jedoch tritt die letzte sofort

[a] Inst. quibus modis tutela finitur. 1. 22. Cod. quando tutores vel curatores esse desinant. 5. 60.

wieder in Wirksamkeit, wenn der Mündel wieder in Wahnsinn verfällt. L. 6. Cod. de cur. fur. 5. 70. Nach heutigem Recht wird bei Verschwendern immer eine obrigkeitliche Aufhebung des Decrets, das sie unter Vormundschaft setzte, erfordert, und auch bei Wahnsinnigen ist es gewöhnlich, nach vorgängiger richterlicher Untersuchung die Vormundschaft förmlich für beendigt zu erklären, und dieses öffentlich bekannt zu machen. Vgl. Preuß. Ldrt. II. §. 815...819. 856...859. Code Nap. art. 512. Diese Gesetzgebungen legen aber auch bis dahin dem Wahnsinnigen selbst in lichten Zwischenräumen, abweichend vom R. R., keine Dispositionsfähigkeit bei.

§. 450.

Eine Vormundschaft kann blos in der Person des Vormundes beendigt werden, ohne daß der Mündel deshalb vormundschaftsfrei wird, 1) durch den Tod [1] des Vormunds [a], 2) durch eintretende Unfähigkeit desselben [b], 3) durch Eintritt des Endtermins oder der Resolutivbedingung, unter welcher die Bestellung geschehen [c], sowie durch Wegfall der Veranlassung, aus welcher die Vormundschaft als interimistisch bestellt worden [d], 4) durch ein obervormundschaftliches Decret, welches entweder a) dem Vormunde auf sein Verlangen aus einem dazu genügenden Grunde die Niederlegung der Vormundschaft gestattet [e], oder b) denselben ohne sein Verlangen von der Vermundschaft entfernt [f], sey es, weil er durch Untreue oder grobe Nachlässigkeit [2] des Amtes sich unwürdig gemacht hat [g], oder aus andern Gründen seine Beibehaltung fernerhin für das Interesse des Mündels bedenklich erscheint [h]. Auf solche Entfernung des Vormundes kann Jeder im Interesse des Mündels antragen (suspectum postulare oder accusare), auch Frauen, die ihm verwandt oder verschwägert sind, und der Minderjährige selbst nach Berathung mit seinen Angehörigen [i]. Das Verfahren kann aber auch von Amtswegen eingeleitet werden [k]. Während der Verhandlung darüber wird dem Vormunde die Verwaltung genommen und ein Interimsvormund bestellt [l]. Die Absetzung selbst erfolgt nach vorgängiger Prüfung durch richterliches Decret [m], gegen welches auch Berufung zuläßig ist [n].

[a] §. 3. J. h. t. 1. 22. cf. L. 1. pr. L. 4. pr. §. 1. D. de fideiuss. et hered. tut. 27. 7. L. 27. D. de appellat. 49. 1. [b] cf. §. 443. [c] §. 2. 5. J. h. t. 1. 22. L. 14. §. 3. 5. D. de tutel. 26. 1. L. 9. §. 3. D. de tut. act. 27. 3. [d] L. 9. §. 2. D. l. c. [e] §. 447. Anm. 3. [f] Inst. de suspectis tutoribus et curatoribus. 1. 26. Dig. 26. 10. Cod. 5. 43. [g] § 5. 10...12. J. h. t. 1. 26. L. 3. §. 5. 13...17. L. 7. §. 1. D. h. t. 26. 10. L. 2. Cod. h. t. 5. 43. cf. L. 8. D. eod. [h] L. 3. §. 12. 18. D. eod. [i] L. 1. §. 6. 7. L. 7. pr. D. eod. §. 3. 4. J. eod. L. 6. Cod. eod. [k] L. 3. §. 4. D. eod. [l] §. 7. J. eod. L. 7. Cod. eod. [m] §. 1. J. eod. L. 1. §. 3. 4. L. 4. §. 1...3. L. 10. D. eod. [n] L. 17. §. 1. L. 20. D. de appell 49. 1.

Anm. [1] Mit dem Tode hat nach R. R. die capitis deminutio maxima oder media gleiche Wirkung. §. 4. J. h. t. 1. 22. Heutzutage kommt diese als solche nicht mehr in Betracht (§. 28.); aber freilich wird in den Fällen, in welchen sie nach R. R. stattfand, jetzt doch in der Regel eine Entfernung des Vormundes erfolgen (nach not. h.). Die minima capitis deminutio des Vormundes bewirkte nur die Endigung der legitima agnatorum tutela. §. 4. J. cit. L. 5. §. 5. D. de legit. tut. 26. 4. L. 11. D. de tut. act. 27. 3. cf. L. 7. pr. D. de cap. min. 4. 5. Tutelas etiam non amittit capitis minutio, *exceptis his, quae in iure alieno personis positis deferuntur.* Igitur testamento dati vel ex lege vel ex senatusconsulto erunt nihilominus tutores. Sed legitimae tutelae ex XII. tabb. intervertuntur, eadem ratione, qua et hereditates exinde legitimae; quia agnatis deferuntur, qui desinunt esse familia mutati. Ex novis autem legibus et hereditates et tutelae plerumque sic deferuntur, ut personae naturaliter designentur, ut ecce deferunt hereditatem senatusconsulta matri et filio. Die unterstrichenen Worte erklärt man als Umschreibung von „Agnaten", nach dem Schol. ad Basil. (ed. Heimbach IV. pag. 555.) τουτέστι τοῖς διαμένουσιν ὑπεξουσίοις μέχρι τῆς τοῦ πατρὸς τελευτῆς. Vang. 288. Andere ändern den Text, z. B. *quae i. a. p. p. def.* i. e. *quae iure agnationis proximis potissimum deferuntur* (Cuiac.), oder *quae in iure antiquo positis pers. def.* (Gothofred.); Haloander aber liest *non deferuntur*, welche Lesart gut vertheidigt wird von Huschke im Rh. Mus. VII. S. 148. fg. „Andere (z. B. Mühlenbruch (§. 587.) haben darin den Satz gefunden, daß die einem Filiusfamilias übertragene Vormundschaft zwar nicht durch capitis deminutio überhaupt, denn diesem würde L. 11. cit. widersprechen, aber durch seinen Uebergang in eine andere väterliche Gewalt sich endige. Für diesen Satz würde sich zwar ein plausibler materieller Grund auffinden lassen, aber er kann nicht in jene Stelle ohne Gewalt gegen ihren Ausdruck und ihren Zusammenhang gelegt werden." Puchta §. 345. not. e.

[2] Der wegen Dolus (streitig ob auch wegen lata culpa?) abgesetzte Vormund wird nach R. R. infam, vorausgesetzt, daß der Grund im Decret angegeben ist. §. 6. J. h. t. 1. 26. L. 4. pr. §. 1. 2. D. h. t. L. 9. Cod. h. t. 5. 43. cf. §. 31. Anm. 1. f.

IV. Rechtsverhältnisse der Vormundschaft.

§. 451.

A. Sorge für die Person des Mündels.

Dem Vormunde liegt zunächst eine Fürsorge für die Person des Mündels ob, sofern es nach dessen Eigenschaften einer solchen bedarf. So namentlich bei der Vormundschaft über einen Geisteskranken, für dessen Beaufsichtigung und Unterhalt, nach Umständen auch Heilung, der Vormund besorgt seyn und das Nothwendige

aus dessen Vermögen hergeben muß, ohne aber selbst der persönlichen Pflege sich unterziehen zu müssen [a]. So auch bei der Altersvormundschaft: Der Vormund hat das Recht, wie die Pflicht, in Beziehung auf Aufenthalt, Erziehung und Unterhalt des Mündels das Erforderliche vorzunehmen oder zu veranlassen. Zwar kann darüber die Obervormundschaft, von Amtswegen wie auf Antrag, etwa unter Zuziehung der Angehörigen des Mündels und mit Rücksicht auf die Bestimmungen der Aeltern, Anordnungen treffen [b]. Auch hat vor allen die Mutter, wenngleich sie nicht Vormünderin ist, Anspruch auf Erziehung des Kindes, falls nicht besondere Gründe entgegen sind [c]. Aber der Vormund hat nicht nur, so viel an ihm ist, für den Vollzug solcher Anordnungen zu wirken, insbesondere die Unterhalts- und Erziehungskosten, deren Maß aber ebenfalls durch die Obervormundschaft festsetzen zu lassen für jenen selbst räthlich ist, aus dem Mündelvermögen zu bestreiten [d]; er wird auch verantwortlich, wenn durch seine Nachlässigkeit das Nöthige verabsäumt [e] oder den Verhältnissen Unangemessenes angeordnet wird [f]. Auch kann demselben die unmittelbare Pflege und Erziehung anvertraut werden [g], und heutzutage wird nächst der Mutter vorzugsweise dem Vormund auch der Beruf, die Erziehung des Mündels zu leiten, und selbst neben jener als deren Rath und Beistand sich derselben anzunehmen, beigelegt. Den persönlichen Rechtszustand des Mündels zu wahren und nöthigenfalls gerichtlich geltend zu machen, gehört ebenfalls zu den Obliegenheiten des Vormunds [h].

§. 452.

B. Mitwirkung bei Handlungen des Mündels.

Der Vormund kann als bloßer Beistand des Mündels thätig seyn, indem er Handlungen desselben durch seine Zustimmung bekräftigt. Dies setzt natürlich voraus, daß der Mündel nicht überhaupt willensunfähig oder doch zu der fraglichen Handlung schlechthin unfähig sey. So kann bei Kindern und Wahnsinnigen gar

[a] L. 7. pr. D. de cur. fur. 27. 10. cf. L. 22. §. 8. D. sol. matr. 24. 3. L. 13. §. 1. L. 14. D. de off. praes. 1. 18. [b] L. 1. 5. D. ubi pupillus educari vel morari debeat et de alimentis ei praestandis. 27. 2. Cod. ubi pupilli educentur. 5. 49. [c] L. 1. Cod. l. c. nov. 22. cap. 38. cf. §. 417. not. 1. [d] L. 2 ... 4. D. l. c. Cod. de alimentis pupillo praestandis 5. 50. [e] L. 6. D. l. c. L. 1. Cod. l. c. cf. L. 3. §. 6. D. eod. L. 1. Cod. ubi pup. educ. 5. 49. [f] L. 2. §. 2. 3. D. l. c. [g] L. 1. Cod. cit. [h] L. 1. Cod. de alim. praest. 5. 50.

keine Rede davon seyn [a]. Unmündige aber, die nicht mehr Infantes sind, und Minderjährige, können solche Rechtsgeschäfte, die ihnen lediglich Vortheil bringen, sogar ohne den Vormund, und solche, wodurch sie sich verpflichten oder ein Recht aufgeben, unter Zustimmung desselben gültig vornehmen [b]. In dieser Beziehung besteht zwar nach römischem Recht ein wichtiger Unterschied zwischen Unmündigen und mündigen Minderjährigen. Die ersten können nur unter Auctoritas des Tutors handeln [c]; diese aber muß unmittelbar bei der Handlung selbst als Ergänzung derselben von dem persönlich gegenwärtigen Tutor, mündlich, unbedingt, freiwillig erklärt werden [d], und zwar von einem Tutor, der bei dem fraglichen Rechtsgeschäft nicht selbst betheiligt [e] und in Ansehung des Gegenstandes desselben überhaupt zu handeln befugt ist [f], von allen Tutoren aber, wenn die Aufhebung der Vormundschaft selbst in Frage steht [g]. Der mündige Minderjährige dagegen ist an sich handlungsfähig [h]; er bedarf nur in gewissen Fällen durchaus der Beistimmung eines Curators, namentlich bei Proceßführung [i], Bestellung einer Dos, oder donatio propter nuptias [k], Arrogation [l], und zwar bei der letzten aller seiner Curatoren [m]; und wenn er einmal einen Curator hat, so kann er auch ohne dessen Beistimmung kein Rechtsgeschäft wirksam vornehmen, welches in das der Verwaltung desselben untergebene Vermögen eingreift [n]; aber die Zustimmung des Curators kann in jeder Weise, auch vorher oder nachher, erklärt werden. Allein in der heutigen Praxis wird der formelle Unterschied zwischen der auctoritas tutoris und dem consensus curatoris nicht mehr beachtet, und auch bezüglich der Minderjährigen, wie sie von Rechtswegen unter Vormundschaft stehen sollen, als Regel angenommen, daß sie ohne vormundschaftliche Zustimmung kein sie verpflichtendes oder sonst

[a] L. 1. §. 12. 13. D. de O. et A. 44. 7. §. 59. not. a. b. [b] pr. J. de auctoritate tutorum. 1. 21. L. 1. Cod. de auct. 5. 59. §. 59. not. e. [c] L. 189. D. de R. J. pr. §. 1. J. l. c. §. 2. J. quib. al. lic. 2. 8. L. 5. pr. §. 1. L. 9. pr. §. 1...3. D. de auctoritate et consensu tutorum et curatorum. 26. 8. L. 1. 2. Cod. qui legit. pers. 3. 6. [d] L. 1. §. 1. L. 2. 3. L. 8. 9. §. 5. 6. L. 10. L. 14...17. D. h. t. 26. 8. §. 2. J. h. t. 1. 21. [e] L. 5. pr. L. 7. pr. §. 2. D. eod. §. 3. J. eod. cf. L. 3. §. 2. D. de tutel. 26. 1. [f] L. 4. 5. pr. L. 7. §. 1. D. h. t. 26. 8. cf. L. 49. D. de acquir. hered. 29. 2. [g] L. 5. Cod. de auctoritate praestanda. 5. 59. [h] L. 101. 141. §. 2. D. de V. O. 45. 1. cf. §. 59. Anm. 3. [i] L. 2. Cod. qui legit. pers. 3. 6. L. 1. Cod. qui dare tut. 5. 34. [k] L. 28. Cod. de iure dot. 5. 12. [l] L. 8. D. de adopt. 1. 7. [m] L. 5. in f. Cod. de auct. praest. 5. 59. [n] L. 3. Cod. de in int. rest. min. 2. 22. cf. §. 59. Anm. 3. L. 26. Cod. de adm. 5. 37.

ihre Rechte schmälerndes Rechtsgeschäft gültig vornehmen können. Es ist auch in dieser Beziehung der wesentliche Unterschied zwischen der tutela impuberum und cura minorum verwischt worden [1]. Nur darin unterscheiden sich noch die mündigen Minderjährigen von den unmündigen, daß jene, nicht diese, fähig sind, ein Testament zu errichten, eine Ehe einzugehen und einen Eid zu leisten [2].

Rechtsgeschäfte des Verschwenders sind, insofern sie sein Vermögen betreffen und nicht lediglich gewinnbringend sind, ebenfalls nur gültig, wenn sie der Vormund billigt [o]. Solche Personen dagegen, welche freiwillig unter Vormundschaft stehen und daher auch deren Aufhebung im Ganzen durch ihren Willen herbeiführen könnten, sind dadurch in ihrer Handlungsfähigkeit nicht beschränkt, und können demnach sowohl ohne als mit Zustimmung des Vormunds gültig verfügen.

Anm. [1] Es ist noch immer eine sehr streitige Frage: a) ob schon nach R. R. Minderjährige, die unter ständiger Curatel stehen, sich nicht verpflichten können? wie u. a. Puchta §. 51. Mühlenbruch §. 191. Sint. III. S. 187. gegen die jetzt herrschende Meinung (vgl. z. B. Savigny verm. Schriften II. S. 384. fg. Vang. §. 291.) behaupten (§. 59. Anm. 3.); b) ob nicht wenigstens nach heutigem Rechte von Verpflichtungen der Minderjährigen, wenigstens soweit sie Einfluß auf ihr Vermögen haben, dasselbe gelte, wie von denen der Unmündigen? wie z. B. Savigny a. a. O. S. 392. fg. gegen Vang. § 291. u. a. annimmt. In der Praxis aber, die sich nicht darin finden konnte, daß derselbe Mündel zwar ein altes Kleid nicht gültig verkaufen, wohl aber Schulden in Masse contrahiren könne, war von jeher bezüglich beider Fragen die bejahende Meinung vorherrschend, und die ganze Entwickelung der deutschen Altersvormundschaft begründet wenigstens die Bejahung der zweiten Frage, womit auch die Particularrechte übereinstimmen. Kraut, Vormundschaftsrecht II. S. 97. fg. Dollmann in d. Bl. für Rtsanwendung XIV. S. 97. fg. Seuffert §. 257. 492.

[2] Wenn behauptet wird, daß auch die Eingehung einer Ehe und (promissorische) Eidesleistung ohne Zustimmung des Vormundes nicht gültig sey (Kraut II. S. 110, Dollmann S. 102), so stimmt dies mit den Grundsätzen des canonischen Rechts, das selbst den Mangel der väterlichen Einwilligung nicht als trennendes Ehehinderniß gelten läßt, entschieden nicht überein; es kann darnach nur zugegeben werden, daß der Minderjährige ohne vormundschaftliche Zustimmung nicht zur Trauung oder Eidesleistung zuzulassen sey. Vgl. § 240. Richter's Kirchenrecht §. 254. 275. Permaneder's Kirchenrecht §. 607. 636. 637. 695.

[o] L. 6. D. de V. O. 45. 1. cf. §. 59. not. p.

C. Verwaltung der Vormünder [a].

§. 453.

1) Im Allgemeinen.

Als Verwalter des Mündelvermögens hat der Vormund im Allgemeinen das Recht wie die Pflicht, überall die Rechte und den Vortheil des Mündels zu wahren, als ob es seine eigene Angelegenheit wäre [b]. Er haftet regelmäßig für Anwendung gleicher Sorgfalt, wie sie in eigenen Angelegenheiten ihm gewöhnlich ist [c], für jedes Verschulden aber, ohne diese Beschränkung, wenn er zur Verwaltung sich zugedrängt hat [d]. Die erforderlichen Handlungen mag er als Vertreter des Mündels allein vornehmen, oder diesen selbst dabei zuziehen [e]; immer ist er verantwortlich dafür, daß nichts verabsäumt werde, was die Wahrung der Interessen des Mündels erheischt [f].

§. 454.

2) Erhaltung des Vermögens.

Vor allem liegt dem Vormund ob, für die Erhaltung des gegenwärtigen Vermögens des Mündels Sorge zu tragen. Zu diesem Zweck hat er z. B. das Nöthige zur Unterhaltung der Sachen anzuordnen [a], kostspielige oder dem Verderben ausgesetzte Sachen zu veräußern [b], drückende Schulden nach Möglichkeit bald zu bezahlen [c], schlechtstehende Forderungen beizutreiben [d]. Doch darf unter Umständen das Vermögen auch in seinem Capitalbestande angegriffen und verringert werden, um nothwendige Ausgaben, insbesondere für Unterhalt und Erziehung des Mündels zu bestreiten [e].

§. 455.

3) Vermehrung des Vermögens.

Der Vormund, obwohl nicht verpflichtet, eine besondere Erwerbthätigkeit für den Mündel zu entwickeln, deren Gefahr er auch

[a] Dig. de administratione et periculo tutorum vel curatorum qui gesserint vel non et de agentibus vel conveniendis uno vel pluribus. 26. 7. Cod. de administratione tutorum vel curatorum et pecunia pupillari foeneranda vel deponenda 5. 37. de periculo tutorum et curatorum 5. 38. si tutor vel curator non gesserit 5. 55. [b] L. 27. D. h. t. 26. 7. cf. L. 157. pr. D. de R. J. [c] L. 1. pr. D. de tut. act. 27. 3. L. 32. §. 6. L. 33. pr. D. h. t. 26. 7. nov. 72. cap. 8. cf. L. 7. Cod. arb. tut. 5. 51. §. 250. not. h. [d] L. 53. §. 3. D. de furt. 47. 2. [e] L. 1. §. 2...4. D. h. t. 26. 7. [f] L. 10. D. eod. L. 11. 17. D. de auct. tut. 26. 8.

[a] L. 22. §. 3. 4. Cod. h. t. 5. 37. [b] L. 7. §. 1. D. h. t. 26. 7. cf. L. 5. §. 9. eod. [c] L. 9. §. 5. eod. [d] L. 15. eod. cl. L. 35. 44. pr. 50. eod. [e] L. 3. §. 6. D. ubi pup. educ. 27. 2.

zu tragen hätte [a], muß doch auch auf Vermehrung des Vermögens bedacht seyn, soweit es eine gewöhnliche zweckmäßige Verwaltung mit sich bringt, wohin z. B. die Fortbetreibung eines Gewerbes, nöthigenfalls durch Geschäftsführer, gehören kann. Insbesondere soll er unverzinsliche Forderungen einziehen und verfügbares Geld des Mündels entweder [1] zum Ankauf von Grundstücken verwenden [d] oder verzinslich aber sicher anlegen [c], wozu ihm ein sog. laxamentum temporis von 6 Monaten nach Antritt der Vormundschaft, von 2 Monaten bezüglich der später eingehenden Gelder, gewährt ist [2]. Nach Verlauf dieser Frist muß der Vormund landesübliche Zinsen vergüten, wenn er nicht die Unmöglichkeit sicherer Anlage des Geldes darthut [d], die höchsten Zinsen aber, sobald er Mündelgeld in eigenen Nutzen verwendet hat [e]. Auch gilt der Vormund als säumig, sobald er eigenes Geld vortheilhaft angelegt hat, das des Mündels nicht [f]. Natürlich darf der Vormund auch einen dargebotenen neuen Vermögenserwerb durch Schenkung, Vermächtniß oder Erbschaft dem Mündel nicht durch seine Nachlässigkeit entgehen lassen [g], ist aber andererseits auch verantwortlich für den Nachtheil, den unvorsichtige Annahme einer bedenklichen Erbschaft nach sich zieht [h].

Anm. [1] Das R. R. weiset den Vormund zunächst zum Ankauf von Grundstücken, und erst, wenn dieser nicht thunlich ist, zu verzinslicher Anlage des Geldes an. „Dies ist aber (nach Puchta §. 349. not. e.) lediglich als eine wirthschaftliche, nicht als eine rechtliche Vorschrift zu betrachten; sie gilt nur, wenn die Umstände sie wirthschaftlich rechtfertigen."

[2] Nach Justinian's Vorschrift (in nov. 72. cap. 6...8.) soll der Vormund zu verzinslicher Anlegung des Geldes nur dann verpflichtet seyn, wenn die sonstigen Einkünfte zur Bestreitung der nothwendigen Ausgaben nicht ausreichen. In der heutigen Praxis wird darauf keine Rücksicht genommen.

4) Veräußerungen.

§. 456.

Die Verwaltung begreift auch die Befugniß zu Veräußerungen in sich [a]. Aber aus dem Mündelvermögen Schenkungen zu machen [b]

[a] L. 47. §. 6. cf. L. 58. pr. D. h. t. 26. 7. [b] L. 3. §. 2. L. 5. pr. L. 7. §. 3. D. h. t. 26. 7. L. 24. Cod. h. t. 5. 37. [c] L. 7. §. 3. L. 24. cit. [d] L. 7. §. 11. L. 15. D. eod. [e] L. 7. §. 10. 12. eod. L. 1 Cod. de usuris pupillaribus. 5. 56. [f] L. 13. §. 1. D. h. t. 26. 7. L. 3. Cod. l. c. [g] L. 21. 26. Cod. h. t. 5. 37. L. 39. §. 3. D. h. t. L. 3. §. 17. D. de susp. tut. 26. 10. L. 67. §. 6. D. de ritu nupt. 23. 2. [h] L. 11. D. de bon. poss. 37. 1.

[a] L. 12. §. 1. D. h. t. 26. 7. L. 10. §. 1. L. 11. 12. D. de cur. fur. 27. 10. cf. Gai. II. 64. [b] L. 16. Cod. h. t. 5. 37. L. 22. D. h. t. 26. 7.

oder sonst Freigebigkeit zu üben [c], dazu ist der Vormund nicht befugt, ausgenommen solche Gaben, welche der Anstand erfordert und der Mündel dereinst nicht ohne Unanständigkeit bestreiten könnte [d]. An sich selbst kann der Vormund nichts veräußern [e]; aber er soll auch, wie jeder Verwalter fremder Güter, und zwar nach römischem Recht bei Strafe des vierfachen Ersatzes, nicht auf Schleichwegen oder listiger Weise, z. B. durch untergeschobene Personen, Güter des Mündels an sich bringen [f].

§. 457.

Die vormundschaftliche Veräußerungsbefugniß ist jedoch sehr beschränkt durch eine besondere gesetzliche Vorschrift, wornach die Veräußerung einer Sache oder eines Rechts des Mündels in den meisten Fällen nicht anders stattfinden soll, als aus Anlaß eines dringenden Bedürfnisses und vermöge eines auf Grund vorgängiger Untersuchung dieses anerkennenden und deshalb die Veräußerung billigenden obervormundschaftlichen Decrets [a]. Diese Vorschrift wurde zuerst durch eine Oratio des Severus in Beziehung auf Grundstücke (genauer praedia rustica und suburbana) der Pupillen aufgestellt [1]. Sie wurde aber nicht nur durch die Interpretation auf andere Vormundschaften [b] und auf dingliche Rechte an solchen Grundstücken [c], sondern durch spätere Gesetze auch auf alle erheblichen Vermögensgegenstände ausgedehnt [d], und sollen selbst Zahlungen der Schuldner nicht ohne obervormundschaftliches Decret zugelassen werden [e]. Nur geringfügige, unbrauchbare oder zur Aufbewahrung nicht geeignete Sachen [f], Früchte [g], und die Einnahme jährlicher nicht über zwei Jahre rückständiger Einkünfte [h] sind von der Beschränkung ausgenommen.

Das Decret soll der Veräußerung vorausgehen [i], und der Grund, warum sie gebilligt wird [2], angegeben seyn [k]; auch ist es

[c] L 17. D. de cur. fur. 27. 10. cf. L. 12. eod. [d] L. 12. §. 3. L. 13. §. 2. D. h. t. 26. 7. L. 1. §. 2. 4…6. D. de tut. act. 27. 3. [e] L. 5. §. 2. 5. L. 6. D. de auct. tut. 26. 8. L. 34. §. 7. D. de contrah. emt. 18. 1. [f] L. 46. D. l. c. L. 5. Cod. de contrah. emt. 4. 38. L. 5. §. 3. 4. 6. D. de auct. tut. 26. 8.

[a] Dig. de rebus eorum qui sub tutela vel cura sunt sine decreto non alienandis vel supponendis. 27. 9. Cod. de praediis et aliis rebus minorum sine decreto non alienandis vel obligandis. 5. 71. [b] L. 8. §. 1. L. 10. 11. D. h. t. 27. 9. [c] L. 3. §. 4. 5. eod. [d] L. 22. Cod. de adm. 5. 37. (Constantin a. p. Chr. 326.). [e] L. 25. 27. Cod. eod. (Justinian.). cf. nov. 72. cap. 5…8. [f] L. 22. in f. Cod. eod. L. 4. Cod. quando decreto opus non est. 5. 72. [g] L. 28. §, 5. Cod. de adm. 5. 37. [h] L. 27. Cod. eod. [i] L. 1. §. 2. D. h. t. 27. 9. [k] L. 5. §. 14. eod.

unwirksam, wenn es durch falsche Angaben erschlichen worden [l]. Die Veräußerung, im weitesten Sinn dieses Wortes [m], gegen das Gesetz ist nichtig [n]. Der Mündel, wenn er nicht vorzieht, den Vormund in Anspruch zu nehmen [o], kann sein Recht geltend machen, als wäre die Veräußerung nicht geschehen [p], wobei dem Gegner der Beweis obliegt, daß sie vermöge Decrets geschehen sey [q], der Kläger aber die Mangelhaftigkeit des Decrets, wenn er solche behauptet, zu beweisen hat [r]. Der Beklagte hat jedoch eine Einrede, sofern auf seine Kosten der Kläger sich bereichern will [s], sodann wenn die Veräußerung von demselben eidlich bestärkt [t], oder nach erreichter Volljährigkeit genehmigt oder auch nur binnen 5 Jahren von da an nicht angefochten worden ist [u]. Uebrigens bezieht sich die ganze Vorschrift nur auf freiwillige Veräußerung [v], und ist daher dem Vormunde auch gestattet, nöthigenfalls eine Proceßcaution mit Sachen des Mündels zu stellen [w]. Auch wird das obervormundschaftliche Decret ersetzt durch (nicht erschlichene) Erlaubniß des Regenten [x], so wie durch letztwillige Anordnung des Vaters oder auch eines andern Testators, von welchem die Sache dem Mündel zugekommen ist [y], und gestattet ist noch insbesondere, an der Sache, die mit dem Gelde eines andern Mündels angeschafft ist, zu dessen Gunsten für diese Schuld ein Pfandrecht ohne Decret zu bestellen [z].

Anm. 1 L. 1. D. h. t. 27. 9. Imperatoris Severi oratione prohibiti sunt tutores et curatores praedia rustica vel suburbana distrahere. §. 1. Quae oratio in senatu recitata est, Tertyllo et Clemente consulibus, idibus Juniis. §. 2. Et sunt verba huiusmodi: *Praeterea, patres conscripti, interdicam tutoribus et curatoribus, ne praedia rustica vel suburbana distrahant, nisi, ut id fieret, parentes testamento vel codicillis caverint. Quodsi forte aes alienum tantum erit, ut ex rebus ceteris non possit exsolvi, tunc praetor urbanus vir clarissimus adeatur, qui pro sua religione aestimet, quae possint alienari obligarive debeant, manente pupillo actione, si postea potuerit probari, obreptum esse praetori. Si communis res erit*

[l] L. 5. §. 15. eod. L. 5. Cod. h. t. 5. 71. [m] L. 1. §. 4. L. 3. §. 5. L. 5. §. 2. 3. 8. L. 7. pr. D. eod. L. 4. 17. Cod. h. t. 5. 71. [n] L. 7. §. 3. D. eod. [o] L. 10. D. eod. [p] L. 5. §. 15. eod. cf. Cod. si quis ignorans rem minoris esse sine decreto comparaverit. 5. 73. [q] L. 13. §. 2. D. de Publ. act. 6. 2. [r] L. 1. §. 2. D. h. t. 27. 9. cf. L. 5. Cod. h. t. 5. 71. [s] L. 13. D. eod. L. 10. 14. 16. Cod. eod. §. 2. J. quib. alien. lic. 2. 8. cf. L. 7. §. 5. 6. D. l. c. [t] Auth. *sacram. pub.* (§. 240.). [u] L. 2. 3. Cod. si maior factus alienationem factam sine decreto ratam habuerit. 5. 74. [v] L. 1. §. 2. L. 3. §. 1...3. L. 5. §. 4...6. L. 7. pr. §. 1. D. h. t. [w] L. 28. §. 3. Cod. de adm. 5. 37. [x] L. 2. Cod. quando decreto opus non est. 5. 72. [y] L. 1. §. 2. L. ult. D. h. t. L. 1. 3. Cod. l. c. [z] L. 3. pr. D. h. t. 27. 9.

et socius ad divisionem provocet, aut si creditor, qui pignori agrum a parente pupilli acceperit, ius exequetur, nihil novandum censeo. Vgl. darüber Bachofen, auserwählte Lehren S. 119...170.

2 Nach der Oratio des Severus sollte die Veräußerung der praedia rustica und suburbana nur gestattet werden, wenn es zur Tilgung von Schulden nothwendig war. L. 1. §. 2. L. 5. §. 9. 10 14. D. h. t. L. 12. Cod. h. t. 5. 71. Nach der spätern Ausdehnung des Gesetzes ließ sich diese enge Schranke nicht wohl festhalten, und die Praxis läßt daher bei beweglichen Sachen auch Gründe der Nützlichkeit gelten. Die Cognition war in Rom speciell dem praetor urbanus (nicht dem pr. tutelaris) übertragen; in den Provinzen hatte sie der praeses provinciae. L. 12. 13. Cod. h. t. 5. 71. Heutzutage steht sie dem competenten obervormundschaftlichen Gericht zu (§. 462.).

§. 458.

5) Verwaltung mehrerer Vormünder.

Eine Vormundschaft kann gleichzeitig Mehreren übertragen seyn, die alsdann Mitvormünder, contutores oder concuratores, heißen. Unter diesen kann einem oder mehreren die Verwaltung vorzugsweise übertragen seyn; diese sind tutores gerentes [a], die übrigen heißen honorarii, und haben nur eine Pflicht der Aufsicht auf jene, wegen deren Vernachlässigung sie allerdings auch verantwortlich werden können [b]. Wem die Verwaltung vorzugsweise zu übertragen sey, hat die Obervormundschaft zu bestimmen, nach Vernehmung der Vormünder, mit Rücksicht auf letztwillige Anordnungen des Vaters, und vor allem mit Rücksicht auf den Vortheil und die Sicherstellung des Mündels [c].

Mehreren kann die Verwaltung ungetheilt übertragen seyn [d], so daß jeder vollständig die Verwaltung hat [e], mit vollständiger Haftung für dieselbe [f], aber auch mit dem Recht, den andern eine Verwaltungshandlung zu verbieten [g]. Die Verwaltung kann aber auch getheilt werden, tutela divisa, so daß jedem sein besonderer Verwaltungszweig angewiesen wird [h], sey es nach verschiedenartigen Geschäftszweigen (tutela divisa per partes), oder nach Verschiedenheit des Ortes (tutela divisa per regiones) [i]; alsdann ist

[a] L. 3. D. de adm. 26. 7. [b] L. 3. §. 2. D. l. c. cf. L. 14. §. 1. 6. D. d. solut. 46. 3. L. 1. Cod. de peric. tut. 5. 38. [c] L. 3. §. 1. 3...8. D. de adm. 26. 7. §. 1. J. de statisd. tut. 1. 24. L. 17. 18. D. de test. tut. 26. 2. [d] L. 3. §. 8. D. de adm. 26. 7. [e] L. 24. §. 1. eod. [f] L. 55. pr. §. 3. eod. cf. L. 3. Cod. de dividenda tutela. 5. 52. L. 1. §. 10...14. D. de tut. act. 27. 3. [g] L. 7. §. 3. D. de cur. fur. 27. 10. cf. L. 1. Cod. si ex pluribus tutoribus vel curatoribus omnes vel unus agere pro minore vel conveniri possunt. 5. 40. [h] Cod. de dividenda tutela et pro qua parte quisque tutorum conveniatur. 5. 52. [i] L. 3. §. 9. L. 4. 51. D. de adm. 26. 7. L. 2. Cod. si ex plur. 5. 40.

jeder einzelne nur bezüglich seines Verwaltungszweiges als tutor gerens verantwortlich, bezüglich der Verwaltungszweige der andern nur als tutor honorarius, vorausgesetzt, daß die Theilung nicht bloß durch Privatbestimmung der Vormünder geschehen ist [k], obwohl auch in diesem Falle zunächst der Handelnde selbst haftet [l].

Ein ganz verschiedener Fall ist es, wenn für denselben Mündel mehrere Vormundschaften angeordnet sind, z. B. wegen entfernter Güter [m], oder wenn ein besonderer Vormund für ein bestimmtes Geschäft bestellt wird, welches der ordentliche Vormund nicht vornehmen soll [n], oder wenn statt des letzten ein einstweiliger Vormund für die ganze Verwaltung bestellt ist [o]. Hier besteht keine Verbindung unter den verschiedenen Vormündern.

6) Klagen wegen vormundschaftlicher Verwaltung.

§. 459.

a) Zwischen Mündel und Vormund.

Aus der vormundschaftlichen Verwaltung ergeben sich zwei Hauptklagen: 1) die actio tutelae directa [a], welche nach Beendigung der Vormundschaft [b] dem Mündel und dessen Erben zusteht gegen den Vormund oder dessen Erben [c], gerichtet auf gehörige Rechnungslegung [1] über die ganze Verwaltung [d], auf Herausgabe dessen, was der Vormund noch vom Vermögen des Mündels in Händen hat [e], auf Ersatz wegen der Nachtheile und Beschädigungen, für welche der Vormund nach §. 453. zu haften hat [f]. Die Klage kann, sofern ein Punkt unerledigt geblieben, auch mehrmals angestellt werden. Wegen Arglist oder grober Nachlässigkeit des Vormunds [2] wird der Kläger zum Schätzungseide zugelassen [g]. Die Erben des Vormunds haften überhaupt nur wegen solchen Verschuldens ihres Erblassers, wenn nicht gegen diesen der Proceß

[k] L. 2. Cod. de div. tut. 5. 52. L. 19. 41. 51. D. de adm. 26. 7. L. 1. §. 15. D. de tut. act. 27. 3. [l] L. 3. Cod. l. c. [m] L. 21. §. 2. D. de excus. 27. 1. [n] §. 3. J. de auct. tut. 1. 21. L. 1. 3. Cod. de in lit. dando tut. 5. 44. nov. 72. cap. 2. (§. 444. Anm. 2.). [o] §. 1. J. de Atil. tut. 1. 20. §. J. de curat. 1. 23.

[a] Dig. de tutelae et rationibus distrahendis et utili curationis causa actione. 27. 3. Cod. arbitrium tutelae. 5. 51. [b] L. 4. pr. L. 9. §. 4. D. h. t. cf. L. 4. §. 1. L. 16. §. 1. eod. [c] L. 1. §. 16. 17. D. h. t. L. 12. Cod. h. t. [d] L. 1. §. 3. D. eod. L. 9. Cod. eod. [e] L. 5. D. eod. L. 1. §. 1. D. de fideiuss. tut. 27. 7. [f] L. 1. pr. D. h. t. L. 2. 7. Cod. eod. [g] L 7. pr. D. de adm. 26. 7. Cod. de in litem iurando. 5. 53.

schon begonnen war [h]; aber auch wegen eigenen groben Verschuldens, sofern sie noch der Verwaltung sich unterzogen oder von ihrem Erblasser angefangene Geschäfte zu vollenden verabsäumt haben [i]. 2) die actio tutelae contraria [k], welche dem Vormund und dessen Erben gegen den Mündel und dessen Erben zusteht [l], auf Ersatz der zum Zwecke der vormundschaftlichen Verwaltung angemessener Weise gemachten Auslagen [m] und Befreiung von den dieserhalb eingegangenen Verbindlichkeiten [n], unter Umständen auch auf ein Salarium für seine Mühewaltung, als Entschädigung für den dadurch erlittenen Entgang an anderweitigem Verdienst [o].

Bei der Curatel finden diese Klagen als utiles actiones [3] Anwendung [p].

Anm. [1] Auch eine Verfügung des Vaters kann nicht bewirken, ut tutores aneclogisti sint. L. 5. §. 7. D. de adm. 26. 7.

[2] Wenn der Vormund etwas von dem Vermögen des Mündels unterschlagen hat, so gibt ihm das R. R. noch eine besondere mit der tutelae actio bezüglich desselben Gegenstandes electiv concurrirende actio de rationibus distrahendis auf Ersatz des doppelten Werthes der unterschlagenen Sache, L. 1. §. 19...23. L. 2. D. de tut. act. 27. 3., deren heutige Anwendbarkeit aber sehr bestritten ist. Sint. III. §. 150. not. 1.

[3] In L. 11. D. de auct. 26. 8. wird tutelae curationisve iudicium entgegengesetzt. Andre Stellen (not. p.) sprechen bezüglich der Curatoren von negotiorum gestorum actio oder utile iudicium, worauf daher Manche auch die Rubriken not. a. k. deuten; Brinz I. S. 447. 457. vgl. Rudorff Vormundsch. III. §. 155. Dagegen heißt einmal (L. 3. Cod. h. t.) der Proceß gegen einen Curator auch geradezu tutelae iudicium, und die Analogie beider Klagen, auch im Gegensatze gegen die gewöhnliche negot. gest. actio (L. 20. Cod. de neg. gest. 2. 19.) ist durchgreifend. Nur konnte die curationis actio auch perseverante cura angestellt werden, nicht die tutelae actio. L. 16. §. 1. D. h. t. 27. 3.

§. 460.

b) Klagen gegen Nebenpersonen.

Außer dem Vormund können wegen der gegen ihn begründeten Ansprüche belangt werden 1) die Bürgen des Vormundes [a],

[h] L. 1. Cod. de heredibus tutorum vel curatorum. 5. 54. L. 4. D. de mag. conv. 27. 8. L. 39. §. 6. D. de adm. 26. 7. [i] L. 1. pr. L. 4. pr. §. 1. 2. L. 8. D. de fideiuss. tut. 27. 7. cf. L. 13. 14. D. h. t. 27. 3. [k] Dig. de contraria tutelae et utili actione. 27. 4. Cod. de contrario iudicio tutelae. 5. 58. [l] L. 3. §. 9. L. 5. D. h. t. 27. 4. [m] L. 1. §. 4...6. L. 3. D. eod. L. 3. Cod. eod. [n] L. 6. D. eod. [o] L. 33. §. 3. D. de adm. 26. 7. [p] Cf. not. a. k. cf. L. 3. 4. §. 3. D. de tut. act. 27. 3. L. 3. §. 5. D. de neg. gest. 3. 5. L. 7. Cod. h. t. 5. 51.

[a] L. 3. 5...7. D. de fideiussoribus et nominatoribus et heredibus tutorum vel curatorum 27. 7. L. 9...12. D. rem. pup. salv. 46. 6.

und gleich diesen 2) diejenigen, welche vor Gericht bei desfallsiger Untersuchung die Tüchtigkeit und Zuverlässigkeit des Vormundes bezeugt haben, affirmatores [b]; nach diesen 3) diejenigen, welche den Vormund vorgeschlagen haben, sey es vermöge der Petitionspflicht (§. 446.), als postulatores [c], oder vermöge einer Amtspflicht, als nominatores [d], jedoch die Mutter nur, wenn von ihr die Haftung besonders übernommen und demzufolge im Ernennungsdecret ihr auferlegt ist [e]; 4) der Vater, in dessen Gewalt der Vormund steht, nach den Regeln des §. 247. [f], in solidum aber, wenn er sich irgendwie in die Verwaltung des Sohnes eingemischt hat [g].

§. 461.

V. Von Protutoren.

Wer, ohne Vormund zu seyn, dieses wissend oder nicht, sich der vormundschaftlichen Verwaltung unterzieht, heißt insofern Protutor (auch falsus tutor). Er steht zum Mündel in einem gleichen obligatorischen Verhältniß, wie ein wahrer Vormund, und findet unter ihnen protutelae actio directa oder contraria statt, analog der tutelae actio [a]. Aber der Protutor hat keine Verwaltungsbefugniß, wie ein wahrer Vormund, und ist insofern auch nicht in gleicher Weise, wie dieser, verantwortlich wegen Unterlassungen [b]. Natürlich kann der Nichtvormund auch nicht eine Handlung des Mündels durch seine Mitwirkung vollkräftig machen [c]. Dem dritten aber, der, im Irrthum über die Eigenschaft des angeblichen Vormundes, dadurch benachtheiligt worden ist, wird nöthigenfalls Restitution ertheilt [d], und gegen denjenigen, welcher wissentlich als Nichtvormund seine Auctoritas interponirt hat, eine Schadensklage gegeben [e].

Anm. Bezüglich der Auctoritas eines Nichtvormunds enthielt das Edict zwei Bestimmungen:

1) L. 1. §. 1. D. h. t. 27. 6. Verba autem edicti haec sunt: *quod*

[b] L. 4. §. 3. D. de fideiuss. tut. 27. 7. [c] L. 2. D. l. c. cf. L. 2. §. 5. D. qui pet. [d] L. 4. 5. Cod. de mag. conv. 5. 75. cf. L. 1. §. 5. 10. D. eod. 27. 8. [e] L. 1. 3. Cod. si mater indemnitatem promiserit. 5. 46. [f] L. 1. Cod. quod cum eo. 4. 26. cf. L. 6. 11. D. de tut. act. 27. 3. [g] L. 7. D. de tutel. 26. 1. cf. L. 21. D. de adm. 26. 7.

[a] Dig. de eo qui pro tutore prove curatore negotia gessit. 27. 5. Cod. 5. 45. [b] L. 1. §. 9. D. l. c. L. 39. pr. §. 2. D. de adm. 26. 7. [c] Dig. quod falso tutore auctore negotium gestum esse dicetur. 27. 6. (§. 452.). [d] L. 1. §. 6. L. 2. D. l. c. [e] L. 7...9. 11. D. eod.

eo auctore, inquit, *qui tutor non fuerit*. L. 1. §. 8. eod. Ait praetor: *si id actor ignoravit, dabo in integrum restitutionem*. Diese i. i. restitutio bezog sich vorzüglich, nach der Meinung Mancher ausschließlich, auf den Fall, wenn ein Kläger mit dem Mündel falso tutore auctore litem contestirt und dadurch seine Klage consumirt hatte, was nach Just. R. durch die Litiscontestatio nicht mehr bewirkt wird (§. 113. Anm. 3.). Vgl. Keller über Litiscontestation und Urtheil §. 68.

2) L. 7. pr. D. eod. Novissime praetor ait: *In eum, qui, cum tutor non esset, dolo malo auctor factus esse dicetur, iudicium dabo, ut, quanti ea res erit, tantam pecuniam condemnetur*. Cf. L. 10 eod. Si falso tutore actum sit, et interea dies actionis exierit aut res usucapta sit, omnia incommoda perinde sustinere debet, ac si illo tempore vero tutore auctore egisset. Vgl. Rudorff Vormundschaft II. S. 295. fg.

§. 462.

VI. Von der Obervormundschaft.

Die Obervormundschaft steht regelmäßig dem ordentlichen Richter des Mündels zu, d. i. dem Gerichte des Wohnorts des Mündels oder dessen Vaters [a], unter Umständen, wo die Entfernung einer Gütermasse die Anordnung einer besondern Vormundschaft nöthig macht, dem des Ortes, wo diese belegen ist [b]. Der Obervormund aber hat 1) bei der Bestellung und Einsetzung des Vormundes mitzuwirken, dabei namentlich die Errichtung eines Vermögensverzeichnisses, Sicherheitsleistung und Ablegung des Vormundschaftseides zu besorgen und das Tutorium oder Curatorium auszustellen (§. 444...448.); 2) die Führung der Vormundschaft überhaupt zu überwachen, insbesondere bei Bestimmung des Aufenthalts und Unterhalts des Mündels mitzuwirken (§. 451.), Veräußerungen zu bewilligen (§. 457.), und nach Vorschrift der RPO. den Vormund zu jährlicher Rechnungslegung anzuhalten (§. 448.); 3) wegen Endigung der Vormundschaft nöthigenfalls einzuschreiten (§. 449. 450.), nach derselben die Schlußrechnung zu prüfen [c], und alsdann den Vormund seiner Haftung zu entledigen (zu dechargiren); er ist auch competent zur Entscheidung des darüber entstehenden Rechtsstreites [d].

Wegen schuldvoller Vernachlässigung der ihm obliegenden Pflichten, deren Erfüllung von ihm zu beweisen ist [e], ist der Ober-

[a] L. un. Cod. ubi pet. tut. 5. 32. cf. L. 5. §. 12. D. de reb. eor. 27. 9. RPO. Tit. 32. §. 1. 2. [b] L. 27. pr. D. de tut. dat. 26. 5. [c] L. 1. Cod. ubi de ratiociniis tam publicis quam privatis agi oportet. 3. 21. [d] L. 1. Cod. cit. L. 19. §. 1. D. de iud. 5. 1. [e] L. 1. §. 13. D. de magistratibus conveniendis. 27. 8.

vormund dem Mündel verantwortlich, und kann deshalb mit einer subsidiären tutelae actio belangt werden [f], sofern der Mündel von dem Vormunde selbst und den unmittelbar für diesen haftenden Personen Ersatz nicht erlangen kann [g]. Nach römischem Recht freilich findet diese Klage nur gegen niedere Behörden (magistratus minores) statt [h], und nur dann, wenn diese schuldvoller Weise gar keinen oder einen untüchtigen Vormund bestellt oder nicht pflichtmäßig für Sicherheitsleistung gesorgt haben [i], aus welchem letzten Grunde auch ein Mitvormund klagen kann [k]; nach heutigem Recht aber haftet jeder Obervormund für die Folgen jeder Verletzung seiner Pflichten. Ist die obervormundschaftliche Behörde ein Collegium, so haftet zunächst das mit der fraglichen Angelegenheit besonders beauftragte Mitglied, eventuell auch die übrigen; auch von mehreren, wenn sie nicht eines Dolus schuldig sind, jeder zunächst nur für seinen Antheil, eventuell für's Ganze [l]. Die Erben haften auch hier nur wegen Dolus und grober Nachlässigkeit des Erblassers [m].

[f] L. 1. 9. D. l. c. Cod. de magistratibus conveniendis. 5. 75. [g] L. 1. 3. 5. Cod. l. c. [h] L. 1. §. 1. D. l. c. §. 4. J. de satisdat. 1. 24. [i] §. 2. J. l. c. L. 1. §. 2. 5. 6…13. L. 8. D. l. c. L. 1. 5. 6. Cod. l. c. [k] L. 2. 3. D. eod. [l] L. 7. 8. D. eod. f. §. 215. not. d. [m] L. 4. 6. D. eod. L. 2. Cod. eod.

Fünftes Buch.

Von der Erbschaft.

§. 463.

Wenn das Subject eines Vermögens durch den Tod wegfällt, so werden, durch den Willen des Verstorbenen oder durch Rechtsatz, andere Personen berufen, unmittelbar in die Gesammtheit der Vermögensverhältnisse desselben einzutreten. Diese Nachfolge heißt Erbfolge oder Erbschaft im eigentlichen und vorzüglichen Sinn, der Nachfolger Erbe, der Verstorbene sein Erblasser, das Recht des Erben Erbrecht im subjectiven Sinn; den Inbegriff der darauf bezüglichen Rechtsätze nennt man Erbrecht im objectiven Sinn. Der Erblasser kann aber auch andern Personen, nicht als Erben, Vermögensvortheile auf Kosten seiner Erbschaft zuwenden, d. h. ihnen Vermächtnisse hinterlassen, die, wenn sie auf das Vermögen als Gesammtheit gerichtet sind, mittelbar auch wieder ein der Erbfolge analoges Verhältniß begründen können (mittelbare oder indirecte Erbfolge). Diese Lehre von den Vermächtnissen muß sich der von der eigentlichen Erbfolge (Cap. I.), womit sie in engem Zusammenhange steht, anschließen (Cap. II.). Ein drittes Capitel aber wird noch insbesondere der sowohl die Vermächtnisse als die Erbfolge betreffenden Darstellung derjenigen Ansprüche gewidmet seyn, welche gewisse Personen selbst gegen den Willen des Erblassers zustehen, dem Recht der Notherben und Pflichttheilsberechtigten, und zuletzt (Cap. IV.) soll dann noch von dem rechtlichen Schicksal erbloser Güter und einigen andern der Erbfolge analogen Fällen die Rede seyn.

Anm. Besondere Bearbeitungen des Erbrechts sind: Hartitzsch (nach Haubold), das Erbrecht nach röm. und heutigen Rechten. Leipzig 1827. Hunger, das R. Erbrecht. Erlangen 1835. Mayer, d. L. v. dem Erbrecht nach heut. R. R.

Thl. I. Berlin 1840. Vgl. übrigens noch Gans, das Erbrecht in weltgeschichtlicher Entwickelung oder das röm. Erbrecht in seiner Stellung zu vor- und nachrömischem. 4 Bde., Berlin 1824 ... 1836. Dalwigk, Versuch einer philosophisch-jurist. Darstellung des Erbrechts nach Anleitung des R. Rts, neuerer Gesetzg. und mehreren Landesstatuten. Wiesbaden 1820 ... 1822. Nächstens erst erscheinen soll: das Erbrecht in seiner geschichtlichen Entwickelung von Vering, Heidelberg 1858. — In den Quellen kommt das Erbrecht vor a) im Institutionensystem unter den acquisitiones per universitatem, lib. II. tit. 10...25. lib. 3. tit. 1...9., b) in den Digesten lib. 28...38. cf. lib. 5. tit. 2...6. (vgl. zu lib. 28. 29. Glück's Erläuter. der Pand., fortgesetzt von Mühlenbruch und Fein, Bd. 34...45.), c) im Codex lib. 6. tit. 1...50. cf. lib. 3. tit. 28...31. d) Nov. 115. 118. 127.

Erstes Capitel.

Von der Erbfolge im eigentlichen Sinn.

I. Wesen und Voraussetzungen der Erbfolge.

A. Begriff und Umfang der Erbfolge.

§. 464.

Die Erbfolge besteht ihrem Wesen nach darin, daß Jemand in die Gesammtheit der vermögensrechtlichen Verhältnisse, Verbindlichkeiten wie Rechte, des Verstorbenen unmittelbar eintritt, also, so zu sagen, die vermögensrechtliche Persönlichkeit des Verstorbenen juristisch in sich aufnimmt. Dieses Verhältniß, wo es nach Civilrecht begründet ist, heißt Hereditas [1]; derjenige, welcher in solcher Weise die Stelle des Verstorbenen einnimmt und diesen somit in Ansehung seiner Vermögensverhältnisse repräsentirt, heißt Heres [2]. Einzelne wirkliche Vermögensrechte und Verbindlichkeiten kommen dabei unmittelbar nicht in Betracht, so wenig wie das Vorhandenseyn eines wirklichen Vermögens in dem Sinne, wie es durch einen Ueberschuß des Gesammtwerthes der Vermögensrechte über die Schulden (der Activa über die Passiva) sich herausstellt [3]; aber alle einzelnen Vermögensverhältnisse des Verstorbenen sind nun durch die Erbfolge solche des Erben, in gleicher Weise und Wirkung, wie sie in der Person des ersten bestanden oder, wenn er noch lebte, bestehen würden [4], und zwar eben deswegen, weil er überhaupt in die Stelle des Erblassers als bisherigen

Subjects des ganzen Vermögens eingetreten, nicht als ob ein Veräußerungsgeschäft den Uebergang der Rechte vermittelt hätte [5]. Auf andere als vermögensrechtliche Verhältnisse bezieht sich die Erbfolge nicht [6]; aber auch auf diese nur insofern, als sie nicht ihrer besondern Natur nach durch den Tod des Subjects erlöschen [7]. Uebrigens ist es mit dem Wesen der Erbfolge wohl vereinbar, daß jene Repräsentation des Verstorbenen nicht Einem ungetheilt, sondern Mehreren zusammen, zu gleichen oder ungleichen Theilen, als Miterben (coheredes) zukomme [8].

Anm. [1] L. 24. D. de V. S. L. 62. D. de R. J. „Hereditas nihil aliud est, quam successio in universum ius, quod defunctus habuit", nämlich „ipsum ius successionis" nach L. 1. §. 1. D. de div. rer. 1. 8. Cf. L. 208. D. de V. S. „Bonorum appellatio, sicut hereditatis, universitatem quandam et ius successionis, non singulas res demonstrat", oder nach L. 3. pr. D. de b. p. 37. 1. „universitatis cuiusque successionem, qua succeditur in ius demortui, suscipiturque eius rei commodum et incommodum." — Hereditas in sog. objektiver Bedeutung: z. B. L. 2. pr. D. fam. erc. 10. 2. — Vgl. überhaupt Arndts Beitr. I. S. 16 . . . 18. und im Rtslex. IV. S. 1. fg.

[2] Vgl. Arndts, Art. heres im Rtslex. V. S. 238. fg.

[3] L. 50. pr. D. de hered. pet. 5. 3. Hereditas etiam sine ullo corpore iuris intellectum habet. L. 119. D. de V. S. Hereditatis appellatio sine dubio continet etiam damnosam hereditatem; iuris enim nomen est sicuti bonorum possessio. Vgl. Huschke im Rh. Mus. VI. S. 272. fg. Vering, Erbrecht S. 74. fg.

[4] L. 59. D. de R. J. Heredem eiusdem potestatis iurisque esse, cuius fuit defunctus, constat. Die Formula bei erbschaftlichen Klagen wurde direct auf den Namen des Erben abgefaßt: *„si paret, eius ex iure Quiritium eam rem esse"* oder *„ei dari oportere"*, und gegen ihn: *„eum dare oportere."* Gai. IV. 34. Vgl. Scheurl, Beiträge zur Bearbeitung des R. Rts I. S. 37. fg.

[5] Vgl. L. 1. §. 1. D. de fundo dotali. 23. 5. (§. 402.). L. 62. D. de acquir. dom. 41. 1. Quaedam, quae non possunt sola alienari, per universitatem transeunt, ut fundus dotalis, ad heredem, et res, cuius aliquis commercium non habet; nam etsi legari ei non possit, tamen heres institutus dominus eius efficitur. Cf. L. 9. D. de re milit. 49. 16. Milites prohibentur praedia comparare in his provinciis, in quibus militant . . . §. 1. Milites, si heredes extiterint, possidere ibi praedia non prohibentur. Vgl. darüber Puchta Vorles. (4. Aufl.) II. S. 519. fg. mit Rudorff's Anm. das. Scheurl a. a. O. S. 39. fg. Windscheid in d. krit. Ueberschau I. S. 197. fg. Köppen, die Erbschaft S. 101. fg.

[6] L. 46. D. fam. erc. 10. 2. . . . „quia mortuo patre quaedam filios sequantur, etiam antequam fiant heredes, ut matrimonium, ut liberi, ut tutela. Igitur et dotem praecipere debet (sc. maritus sub conditione a

patre heres institutus), qui onus matrimonii post mortem patris sustinuit." Cf. L. 5. 6. D. de religios. 11. 7. Cic. de legib. II. 19.

[7] L. 3. §. 3. D. quib. mod. ususfr. am. 7. 4. Morte quoque amitti usumfructum, non recipit dubitationem, cum ius fruendi morte extinguatur, sicuti si quid aliud (quod) personae cohaeret. Vgl. §. 57. not. d. §. 104. §. 194. not. e. §. 225. Anm. 2. §. 227. Anm. 2. §. 294. 319. 385. not. c. d. Mühlenbruch §. 610. 611.

[8] Die Theilung der Erbfolge ist nur nach sog. aliquoten Theilen (partes quotae, nicht nach sog. partes quantae) möglich. Jeder Theilerbe ist successor in universum ius, aber jeder nur pro parte. Daher ist der heutzutage übliche Ausdruck: „Einziger und Universalerbe" eigentlich unpassend.

§. 465.

Das Wesen der Erbfolge tritt charakteristisch insbesondere darin hervor, daß nach dem Tode des Erblassers, so lange ein bestimmter Erbe noch nicht eingetreten ist, einstweilen die Hereditas selbst als fingirte Person [a], die Person des Verstorbenen darstellend [b], betrachtet wird [1]. So bleiben nicht nur dessen Vermögensverhältnisse, um deren Uebergang auf den Erben zu vermitteln, in der Zwischenzeit bestehen; die Hereditas gilt als Eigenthümerin der Erbschaftssachen [c], die nur in dem Sinne, wie die Sachen einer Universitas, res nullius genannt werden [d]; es können ihr auch neue Rechte, Sachen und Forderungen, erst erworben werden [e], und andererseits Verbindlichkeiten für sie entstehen [f], wenn gleich ihr, nach dem Zwecke dieser Personification, nicht eine eben so umfassende Erwerbfähigkeit, wie andern juristischen Personen, beigelegt wird [g]. Wenn alsdann der Erbe eintritt, so gehen durch die Erbschaft auf ihn die erbschaftlichen Rechtsverhältnisse

[a] L. 22. D. de fideiuss. 46. 1. cf. § 41. Anm 3. [b] §. 2. J. de hered. instit. 2. 14. L. 31. §. 1. D. de hered. instit. 28. 5. L. 116. §. 3. D. de legat. I. L. 34. D. de acquir. dom. 41. 1. cf. L. 24. D. de novat. 46. 2. [c] L. 31. §. 1. cit. L. 61. D. de acquir. dom. 41. 1. L. 1. §. 1. D. si is qui test. lib. 47. 4. L. 15. pr. D. de interrog. 11. 1. [d] L. 1. pr. D. de div. rer. 1. 8. cf. L. 13. §. 5. D. quod vi. 43. 24. L. 6. D. expil. hered. 47. 19. [e] Cf. α) L. 20 §. 3. L. 25. §. 20. L. 27. D. de hered. pet. 5. 3. β) L. 30. pr. D. quib. ex caus. mai. 4. 6. L. 31. § 5. L. 40. D. de usucap. 41. 3. cf. L. 44. §. 3. eod. (§. 161. Anm. 3.). γ) L. 21. §. 1. D. de neg. gest. 3. 5. L. 16. §. 3. D. her. pet. 5. 3. L 13. §. 2. L. 15. pr. 43. D. ad. leg. Aquil. 9. 2. L. 1. §. 6. D. de iniur. 47. 10. cf. L. 68...70. D. de furt. 47. 2. L. 2. D. expil. hered. 47. 19. (§. 323. Anm. 4.). δ) L. 33. pr. §. 2. L 61. D. de acquir. dom. 41. 1. L. 44. §. 3. D. de usucap. 41. 3. L. 16. D. de O. et A. 44. 7. L. 29. D. de captiv. 49. 15. pr. J. de stip. serv. 3. 17. L. 41. D. de reb. cred. 12. 1. L. 1. §. 29. D. depos. 16. 3. L. 11. §. 2. D. de acceptil. 46. 4. L. 31. §. 1. L. 52. D. de hered. instit. 28. 5. L. 16. §. 3. D. de legat. I. [f] L. 3. pr. §. 6. L. 21. §. 1. D. de neg. gest. 3. 5. L. 77. D. de V. O. 45. 1. [g] L. 61 §. 1. D. de acquir. dom. 41. 1 L. 26. D. de stip. serv. 45. 3. cf L. 56. D. de usufr. 7. 1.

über [h], und erscheint somit [i] bezüglich derselben der Erblasser, die Erbschaft, und der Erbe juristisch als eine und dieselbe Person [2].

Anm. 1 Die juristische Persönlichkeit der Hereditas als Repräsentantin des Erblassers ist in den Quellen (not. a. b.) in den bezeichnendsten Ausdrücken anerkannt: L. 31. §. 1. cit. Creditum est, hereditatem dominam esse, defuncti locum obtinere. L. 34. cit. Hereditas non heredis personam, sed defuncti sustinet. L. 116. §. 3. cit. Hereditas personae defuncti, qui eam reliquit, vice fungitur. Eine Spur einer andern Ansicht, die auf den künftigen Erben hinblickt, könnte man finden in L. 24. cit.: „morte promissoris non extinguitur stipulatio, sed transit *ad heredem, cuius* personam interim hereditas sustinet"; doch liest hier die Vulg. „*ad heredem illius* (sc. *Titii*), *cuius* etc." Lang Hermeneutik S. 165. aber erklärt auch die Florentinische Lesart in demselben Sinn, indem er eine Ellipse annimmt. — Praktisch wichtig war jene Fiction vorzüglich wegen der Erwerbung durch Sklaven der Erbschaft (not. e. *δ*.). Dies hat die Ansicht hervorgerufen, sie sey nur dafür aufgestellt und darum für das heutige Recht unbrauchbar. Savigny Syst. II. §. 102. Aber vgl. dagegen die Stellen in not. e. α-γ. not. f. und Puchta in d. krit. Jahrb. IV. S. 712. fg. Arndts im Rtslex. IV. S. 2. fg. Ihering Abh. Nr. 3. Scheurl Beitr. I. Nr. 1. Schirmer de tribus regulis iuris in hereditate iacente observatis earumque apud veteres usu commentatio. Vratislaviae 1852. Windscheid in d. krit. Ueberschau I. Nr. 8. In der Ausführung weichen zwar diese Schriftsteller mehrfach von einander ab; aber in der Hauptsache, genau betrachtet, nicht so sehr in Ansehung des eigentlichen Kerns der Sache, als vielmehr nur in der Form der Anschauung und des Ausdrucks. Als entschiedener Gegner der juristischen Persönlichkeit der Hereditas ist zwar wieder Alb. Köppen aufgetreten, zuerst in seiner Diss. inaug. de natura hereditatis nondum aditae. Berol. 1850., dann in einer gut geschriebenen Abh. „die Erbschaft". Berlin 1856. Aber die erste Schrift kommt in der That mit der gemeinen Meinung, die sie bestreiten will, wieder zusammen, indem sie ausführt, daß die Hereditas, discedens a naturali ratione, eine persona sui iuris sey, heredem exspectans, und zwar, näher bestimmt, die relicta persona familiaris defuncti vel defunctae, seiuncta a corporali persona; und auch die neuere Abh. ist in ihren Resultaten bezüglich dieses Punktes ganz verfehlt; sie geht von dem falschen Gesichtspunkte aus, als sey die fragliche Anschauung etwas unnatürlich-gekünsteltes, „eine unwissenschaftliche Fiction", dergleichen sich die römische Jurisprudenz nicht zu Schulden kommen lasse, während sie vielmehr ein Product echt wissenschaftlicher Construction, der wahre wissenschaftliche Ausdruck der Natur des Erbverhältnisses ist (§. 41. Anm. 4. a. E.). Vgl. Vering Erbr. S. 94. fg. und in den Heidelb. Jahrb. 1857. S. 675. fg. Unger in d. krit. Ueberschau VI. S. 147. fg.

2 L. 22. D. de usucap. 41. 3. Heres et hereditas, tametsi duas appellationes recipiunt, unius personae tamen vice funguntur. Basil. L. 3.

h L. 13. §. 2. D. ad leg. Aquil. 9. 2. L. 1. §. 6. D. de iniur. 47. 10. L. 21. §. 1. D. de neg. gest. 3. 5. cf. L. 73. §. 1. D. de V. O. 45. 1. i L. 22. D. de usucap. 41. 3. cf. L. 16. 28. §. 4. L. 35. D. de stip. serv. 45. 3.

cap. 21. Κληρονόμος και κληρονομία ἓν πρόσωπον νομίζεται. cf. Nov. 48. praef. „quum tamen legibus nostris una quodammodo persona videatur heredis et illius, qui hereditatem in eum transmittit.“ Ein Mißverständniß dieser Personeneinheit aber ist es, wenn man auch dasjenige, was den Erben nicht als solchen angeht, auf den Erblasser zurückbezieht.“ Arndts im Rtslex. IV. S. 22. vgl. Vering Erbr. S. 86. — Das öst. b. Gesetzb. §. 547. sagt übereinstimmend mit der Auffassung dieses §., wenn gleich nicht in bester Fassung: „Der Erbe stellt, sobald er die Erbschaft angenommen hat, in Rücksicht auf dieselbe den Erblasser vor. Beide werden in Beziehung auf einen Dritten für Eine Person gehalten. Vor der Annahme des Erben wird die Verlassenschaft so betrachtet, als wenn sie noch von dem Verstorbenen besessen würde.“

B. Unterschied der civilrechtlichen und prätorischen Erbfolge.

§. 466.

Die Hereditas nach dem oben bezeichneten Charakter war die Erbfolge nach Civilrecht. Der Prätor aber wollte auch solchen Personen, die nach Civilrecht nicht Erben waren, den Zugang zur Erbfolge eröffnen. Er bewirkte dieses dadurch, daß er ihnen auf ihr Gesuch bonorum possessionem ertheilte [a], gewöhnlich unter einfacher Bezugnahme auf die betreffenden Bestimmungen des Edicts [b], daher edictalis bonorum possessio [c], ausnahmsweise durch ein förmliches Decret nach vorgängiger Prüfung, decretalis b. p. [d]. Er gewährte einem solchen bonorum possessor, beziehungsweise gegen denselben, die einzelnen erbschaftlichen Klagen, dingliche wie persönliche, als utiles (fictitiae) actiones [e], und gab ihm ein eigenes interdictum adipiscendae possessionis, das interdictum quorum bonorum [f], um sich in den Besitz des Nachlasses zu setzen, später auch eine universalis actio, analog der civilrechtlichen hereditatis petitio, possessoria hereditatis petitio [g]. Der bonorum possessor war auf solche Weise, wenn gleich nicht heres im strengen Sinn, doch heredis loco [h]; das Rechtsverhältniß desselben war eine wahre Erbfolge, hereditas

[a] Inst. de bonorum possessionibus. 3. 9. Dig. 37. 1. et sqq. cf. Ulp. tit. 28. Gai. III. §. 18. sqq. [b] L. 1. §. 10. D. de success. ed. 38. 9. [c] L. 30. §. 1. D. de acquir. her. 29. 2. L. 1. §. 4. D. si tab. test. 38. 6. [d] L. 3. §. 8. D. h. t. 37. 1. L. 1. §. 7. D. de succ. ed. 38. 9. L. 2. § 1. 2. D. quis ordo. 38. 15. [e] Gai. IV. §. 34. Ulp. XXVIII. §. 12. [f] Gai IV. 144. §. 3. J. de interd. 4. 15. Dig. quorum bonorum. 43. 2. [g] Dig. de possessoria hereditatis petitione. 5. 5. [h] §. 2. J. h. t. 3. 9. Gai. III. 32. L. 3. pr. §. 1. 2. D. h. t. 37. 1. L. 13. pr. D. de b. p. c. t. 37. 4. cf. L. 1. Cod. unde liberi. 6. 14.

honoraria [i], die aber in ihren Voraussetzungen und ihren Folgen vielfach von der civilrechtlichen abwich.

§. 467.

Das prätorische Edict stellte eine vollständige Erbfolgeordnung auf, worin auch den Civilerben an bestimmter Stelle die bonorum possessio angetragen war. Die Annahme derselben war für sie nicht Bedingung der Erbfolge, gewährte ihnen aber den Vortheil des interdictum quorum bonorum (daher utilis b. p.), während die übrigen nur durch b. p. zur Erbfolge gelangen konnten, diese also für die necessaria war [a]. War nun einer bloß nach Civilrecht Erbe geworden, von einem andern b. p. erlangt, so mußte bald der heres zurückstehen, indem der Prätor auch gegen ihn den b. possessor durch wirksame Klagen und Einreden schützte; die b. p. war cum re, die hereditas sine re; bald der b. possessor, indem diesem der heres kraft seines Civilerbrechts die Erbschaft abstreiten konnte; die b. p. war sine re, die hereditas cum re; bald beschränkten beide einander; die b. p., wie die hereditas, war pro parte cum re, pro parte sine re [b]. Es kam in dieser Beziehung vorzüglich darauf an, in welcher Rangordnung der eine und der andere zur b. p. berufen war; der Civilerbe konnte regelmäßig in dem Maße, in welchem er b. p. hätte erlangen können, wenn er diese verschmähte, doch sein Civilerbrecht auch gegen andere b. possessores geltend machen [c].

Anm. Ueber den Ursprung der b. p. und deren Verhältniß zum Civilerbrecht sind die Ansichten sehr verschieden. In neuester Zeit hat insbesondere die Hypothese viel Anklang gefunden, die b. p. habe ursprünglich nur dazu gedient, den Besitz der Erbschaft für einen vorkommenden Erbschaftsstreit zu ordnen, indem einstweilen, bis zu dessen Entscheidung, demjenigen, welcher scheinbar das nächste Civilrecht hatte, factisch die Stellung des Erben gegeben wurde. Fabricius, histor. Forschungen, Heft I. Berlin 1837. Vang. §. 398. u. a. Wenn aber darin auch die Anfänge dieses Instituts zu finden wären (vgl. dagegen Huschke in krit. Jahrb. III. S. 1. fg.), so hat doch dasselbe in seiner spätern Ausbildung einen wesentlich andern Charakter, den einer wahren und meistens definitiven Erbfolge angenommen, und war vorzugsweise für die Fälle, wo es an einem Civilerbrecht fehlte, praktisch bedeutend. Vgl. Löhr im Mag. III. 8. IV. 20...23. Leist, die Bonorum Possessio, 2 Bde. Göttingen 1844...1848.

[i] L. 1. Cod. desec. nupt. 5. 9.

[a] Gai. III. 34. Collat. leg. Mos. XVI. 3. §. 5. [b] Gai. III. 35...38. Ulp. XXVIII. 13. §. 9. in f. J. de her. ab int. 3. 1. [c] L. 10. De de collat. 37. 6. L. 15. D. de b. p. c. t. 37. 4. L. 2. D. except. rei iud. 44. 2. cf. Gai. II. 119...122. 148. 149. Ulp. XXIII. 6.

§. 468.

Der Gegensatz zwischen civilrechtlicher und prätorischer Erbfolge wurde durch die spätere Rechtsentwickelung allmälig in der Art ausgeglichen, daß es praktisch keinen wesentlichen Unterschied machte, ob Jemand auf die eine oder die andere Weise zur Erbfolge gelangte. Durch Gesetzgebung und Praxis wurden beide Arten der Erbfolge immer mehr gleichgestellt, und, sofern etwa noch Verschiedenheiten zwischen ihnen übrig blieben, verloren doch die Eigenthümlichkeiten der prätorischen Erbfolge, zumal durch einige erbrechtliche Novellen Justinians, ihre praktische Wichtigkeit fast gänzlich, weil nunmehr fast in allen Fällen, wo sonst nur bonorum possessio stattgefunden, ein civilrechtliches Erbrecht gegeben ist. So sind im neuesten und heutigen Rechte nur einzelne Reste des prätorischen Erbfolgesystems übrig geblieben, und diese betreffen zum Theil nur eine provisorische Regulirung des Erbschaftsverhältnisses.

Anm. Die Frage, ob und wiefern im Justinianischen und im heutigen Recht bonorum possessio noch als eine eigenthümliche Art der Erbfolge vorkomme, ist streitig; sie wird in Beziehung auf die einzelnen fraglichen Punkte im Folgenden in Betracht kommen. Vgl. im Allgemeinen Leist a. a. O. II. 2. S. 221. fg., 349. fg., und unten §. 474. 480. 508. 509. 535...539. 599.

C. Voraussetzungen der Erbfolge.

§. 469.

1) Tod einer vermögensfähigen Person.

Die erste Voraussetzung der Erbfolge ist ein Todesfall (viventis non datur hereditas); sey es, daß dieser geradezu erwiesen oder nur in Folge der Todeserklärung (§. 26.) vermuthet wird. Nicht wesentlich ist, daß der Verstorbene Vermögen (im activen Sinn) hinterlassen habe (§. 464.); wesentlich aber ist, daß er fähig gewesen, eigenes Vermögen zu haben. Daher konnte nach älterem Recht der Filiusfamilias keinen Erben haben; im neuern Recht ist davon nur übrig geblieben, daß er, ausgenommen bezüglich des peculium castrense oder quasi castrense, nicht testamentarisch beerbt werden kann (§. 431...434.). Nach römischem Recht konnten auch Sklaven [a] und Nichtbürger [b] nicht

[a] L. 4. Cod. comm. de succ. 6. 59. [b] L. 7. §. 5. D. de bon. damnat. 48. 20. cf. L. 31. D. de iure fisci. 49. 14.

beerbt werden; die letzten nur etwa nach peregrinischem Recht [c]; daher auch diejenigen nicht, welche eine capitis deminutio magna erlitten hatten, capite damnati [d]. Nach heutigem gemeinem Recht kommen diese Beschränkungen nicht mehr vor [e]. Nach canonischem Recht können Ordensleute keine Erben haben [f].

2) Erbberechtigung einer bestimmten Person. Delation.

§. 470.

a) Art der Berufung.

Nach römischem Recht kann zur Beerbung eines Verstorbenen Jemand nur berufen seyn entweder durch Testament, d. i. eine letztwillige Verfügung (§. 63.), welche ihn zum Erben ernennt, oder unmittelbar durch Rechtsatz; die Erbfolge ist entweder testamentarische oder gesetzliche Erbfolge. Die letzte wird erst eröffnet, wenn entschieden ist, daß die erste nicht eintrete, also der Erblasser, wenigstens dem Erfolge nach, als intestatus decedit, und heißt daher auch Intestaterbfolge [1]. Beide Arten der Erbfolge schließen der Regel nach einander aus; derselbe Erblasser kann nicht bloß für einen Theil seines Vermögens testamentarische Erbfolge, für einen andern Theil Intestaterbfolge eintreten lassen [2].

Nach heutigem Recht kann der Erbe auch durch Vertrag bestimmt seyn [3].

Anm. [1] L. 39. D. de acquir. hered. 29. 2. Quamdiu potest ex testamento adiri hereditas, ab intestato non defertur. cf. L. 8. Cod. comm. de succ. 6. 59. pr. J. de hered. ab int. 3. 1. L. 1. D. de suis. 38. 16. — Die civilrechtliche Erbfolge, quae ab intestato defertur, heißt legitima hereditas, im Gegensatz der testamentaria. L. 130. D. de V. S. cf. rubr. J. de hered. ab int. 3. 1. de legit. agn. succ. 3. 2. Das prätorische Recht stellte freilich drei Classen der bon. poss. auf: contra tabulas, secundum tabulas und intestati b. p. Ulp. XXVIII. 1. Inst. 3. 9. Aber die erste gründete sich eben auch unmittelbar auf einen (prätorischen) Rechtsatz, und war nur eine modificirte Intestaterbfolge. L. 17. Cod. de collat. 6. 20.

[2] Cic. de invent. II. 21. Unius pecuniae plures dissimilibus de causis heredes esse non possunt, nec unquam factum est, ut eiusdem pecuniae alius testamento alius lege heres esset. L. 7. D. de R. J. Jus

[c] Ulp. XX. 14. cf. L. 17. §. 1. D. de poen. 48. 19. [d] L. 7. §. 5. L. 17. §. 1. cit. L. 3. D. de interd. et releg. 48. 22. — L. 8. §. 4. D. qui test. fac. 28. 1. L. 6. §. 6. D. de iniusto. 28. 3. cf. §. 5. J. quib. n. e. permiss. 2. 11. L. 22. pr. §. 1...3. D. de captiv. 49. 15. [e] cf. Auth. Frid. II. *Omnes peregrini* ad L. 10. Cod. comm. de succ. 6. 59. cf. §. 28. [f] cap. 2. X. de testam. 3. 26. cf. Oest. Gesetzb. §. 573. Preuß. Ldrt. II. 11. §. 1199. fg.

nostrum non patitur, eundem in paganis et testato et intestato decessisse earumque rerum naturaliter inter se pugna est, testatus et intestatus. cf. §. 5. J. de hered. instit. 2. 14. Neque enim idem ex parte testatus ex parte intestatus decedere potest. Jedoch a) L. 6. D. de test. mil. 29. 1. Miles enim pro parte testatus potest decedere, pro parte intestatus. b) L. 15. §. 2. D. de inoff. test. 5. 2. Filius, qui (de) inofficiosi actione adversus duos heredes expertus diversas sententias iudicum tulit, et unum vicit, ab altero superatus est ... credimus eum legitimum heredem pro parte esse factum, et ideo pars hereditatis in testamento remansit. Nec absurdum videtur, pro parte intestatum videri. Vgl. Huschke im Rh. Mus. VI. 8. Im Justinianischen Recht ist die strenge Scheidung der beiden Arten der Erbfolge schon sehr abgeschwächt durch die Möglichkeit, die künftigen Intestaterben als incertae personae zu Erben einzusetzen (§. 491.). — Abweichend das österr. bürg. Gstzb. §. 533. 534. preuß. Landrt. I. 12. §. 254...256.

[3] Nach R. R. ist schlechthin ungültig nicht nur a) der Vertrag, wodurch geradezu ein Erbe bestimmt wird, L. 5. Cod. de pact. conv. 5. 14. L. 15. 19. Cod. de pact. 2. 3. (die letzte Stelle enthält nur scheinbar eine Ausnahme); sondern auch b) ein Vertrag, der nur eine Beschränkung der Freiheit testamentarischer Verfügung bezweckt, L. 61. D. de V. O. 45. 1. L. 4. Cod. de inutil. stip. 8. 39. L. 52. §. 9. D. pro soc. 17. 2. cf. L. 2. §. 2. D. de vulg. subst. 28. 6.; sowie c) der Verzicht auf ein künftiges Erbrecht, L. 16. D. de suis. 38. 16. L. 3. Cod. de collat. 6. 20. Ueber die ganz abweichende deutschrechtliche Theorie von den Erbverträgen siehe Hasse im Rh. Mus. II. S. 150. fg. Beseler, d. L. v. d. Erbverträgen, Göttingen 1835...1840. Buddeus im Rtslex. IV. S. 27...48. Gerber deutsches Privatrecht §. 256. fg. Vgl. österr. bürg. Gstzb. §. 1249. §. 551. — Ein Vertrag über die Erbschaft einer noch lebenden dritten Person ist nach R. R. nur dann wirksam, wenn diese denselben billigt und dabei bis zu ihrem Tode verharrt. L. 30. Cod. de pact. 2. 3. cf. L. 29. §. 2. D. de donat. 39. 5. Ueber die Frage, ob auch diese Bestimmung heutzutage nicht mehr gelte? vgl. Hasse a. a. O. S. 218. fg. Beseler II. 2. S. 328. fg. Das österr. bürg. Gstzb. erklärt den Vertrag über die künftige Erbschaft einer noch lebenden dritten Person schlechthin für ungültig. §. 879. vgl. §. 1278.

§. 471.

b) Erbfähigkeit.

Die Berufung einer Person zur Erbfolge ist bedingt durch deren Erbfähigkeit. Eine allgemeine Voraussetzung dabei ist die, daß jene schon zur Zeit des Todes des Erblassers, wenigstens als Nasciturus, existirte [1]. Außerdem enthält das römische Recht eine Reihe von Gründen gänzlicher oder theilweiser Erbunfähigkeit, die aber heutzutage nicht mehr gelten [2]. Juristische Personen sind erbfähig, sofern ihnen durch Rechtsatz oder besondere Verleihung

Erbfähigkeit beigelegt ist. Das erste ist der Fall beim Staat, bei Gemeinden, Kirchen und milden Stiftungen[3].

Anm. 1 Vgl. a) L. 6. in f. D. de suis. 38. 16. Lex. XII. tabb. eum vocat ad hereditatem, qui moriente eo, de cuius bonis quaeritur, in rerum natura fuerit. L. 7. eod. Vel vivo eo conceptus est, quia conceptus quodammodo in rerum natura esse existimatur. cf. §. 8. J. de her. ab. int. 3. 1. L. 1. §. 8. D. unde cogn. 38. 8. L. 6. pr. D. de iniusto. 28. 3. Ohne Grund halten dies Manche für aufgehoben durch nov. 118., z. B. Löbenstern in Linde's Ztschr. IX. S. 215. fg. Vgl. dagegen Arndts im Rtslex. V. S. 680. und unten §. 674. Anm. 4. Anders jedoch Seuffert's Arch. VIII. 63. b) L. 3. D. de b. p. s. t. 37. 11. Verum est omnem postumum, qui moriente testatore in utero fuerit, si natus sit, bonorum possessionem petere posse. cf. pr. J. de bon. poss. 3. 9. Mühlenbruch in der Fortsetzung von Glück's Pand. Bd. 39. S. 406. fg. Büchel Erörtr. II. 2. S. 2. fg. Arndts im Rtslex. III. S. 913. V. S. 680. Mit Unrecht bestreitet dies Mayer Erbr. I. S. 31., übersehend, daß L. 3. cit. im Titel de bon. poss. secundum tabulas steht. Vgl. österr. bürg. Gstzb. §. 22. 545. 274. 681.

2 Erbunfähig sind nach R. R.: a) Sklaven und Nichtbürger, daher auch b) capite damnati, L. 1. Cod. de hered. inst. 6. 24. L. 13. D. de b. p. 37. 1. L. 3. pr. D. de his quae pro non script. hab. 34. 8. vgl. §. 28. 469. c) Kinder von Hochverräthern, nur mit der Ausnahme, daß Töchter aus der mütterlichen Erbschaft den Pflichttheil haben sollten, L. 5. Cod. ad. leg. Jul. maiest. 9. 8. d) Apostaten und Häretiker, L. 3. Cod. de apostat. 1. 7. L. 4. 5. Cod. de haeret. 1. 5. cf. Auth. *credentes* ibid. (§. 34.). e) die Wittwe, welche das Trauerjahr verletzt hat, relativ, vgl. §. 418. Eine relative Erbunfähigkeit wird außerdem von Vielen angenommen *α*) bei denjenigen, welche die Erbittung von Vormündern versäumt haben (§. 446.), *β*) bei Geschwistern, wegen gewisser grober Vergehen gegen den Erblasser nach nov. 22. cap. 47. pr.; *γ*) in Folge einer blutschänderischen Verbindung bei den betheiligten Personen nach L. 4. 6. Cod. de incest. nupt. 5. 5. cf. nov. 12. cap. 1...3. Andere erkennen darin nur Fälle der Erbunwürdigkeit, welche die Entreißung der Erbschaft nach sich zieht; der letzte Fall ist aber zudem streitig. Vgl. Vang. §. 404. Puchta §. 448.

3 So ist in L. 12. Cod. de hered. instit. 6. 24. L. 1. Cod. de ss. eccles. 1. 2. L. 46. (lex restituta) L. 49. Cod. de episcop. 1. 3. anerkannt. Dagegen enthält L. 8. Cod. de hered. instit. die Regel: Collegium, si nullo speciali privilegio subnixum sit, hereditatem capere non posse, dubium non est. „Jedoch ist die Ansicht, daß die Erbfähigkeit zu den regelmäßigen Attributen einer anerkannten Corporation gehöre, in der gemeinrechtlichen Doctrin und Praxis von jeher so vorherrschend gewesen, daß man darnach in der Anerkennung einer solchen von Seiten der Staatsgewalt im Zweifel auch eine Ertheilung der Erbfähigkeit anzunehmen berechtigt ist." Arndts im Rtslex. III. S. 914. Der hereditas iacens ist Erbfähigkeit niemals beigelegt worden; eine

Erbeinsetzung derselben kann aber wohl als Einsetzung des künftigen Erben aufgefaßt gültig seyn. Arndts im Rtslex. IV. S. 5. not. 28.

§. 472.

3) Antritt der Erbfolge. Acquisition.

Die Berufung zur Erbfolge, d. i. die Delation der Erbschaft, gibt zunächst nur die Möglichkeit, Erbe zu werden. Damit die Erbfolge wirklich eintrete, bedarf es regelmäßig noch einer Willenshandlung des Berufenen (Delaten), wodurch er die Erbschaft annimmt (Acquisition der Erbschaft). Es versteht sich von selbst, daß auch in diesem Zeitpunkte noch Erbfähigkeit desselben erfordert wird; diese muß vom Zeitpunkt der Delation bis zu dem der Acquisition ununterbrochen vorhanden seyn. Gewisse Personen jedoch werden von selbst Erben, sobald sie zur Erbfolge berufen sind, so daß bei ihnen Delation und Acquisition der Erbschaft in einem Moment zusammenfällt.

Anm. L. 151. D. de V. S. Delata hereditas intelligitur, quam quis possit adeundo consequi. cf. pr.... §. 3. J. de hered. qual. 2. 19. Dig. de acquir. vel omitt. hereditate. 29. 2. „Berufung zur Erbfolge“ ist uns gleichbedeutend mit Delation der Erbschaft oder des Erbrechts. Vgl. Sint. III. §. 159. Dieser Sprachgebrauch ist jedoch nicht allgemein anerkannt. Puchta §. 449. 450.

II. Von der Berufung zur Erbschaft.

A. Von der gesetzlichen Erbfolge.

§. 473.

In Ermangelung eines Testaments werden zunächst die Verwandten des Verstorbenen in bestimmter Rangordnung zur Erbfolge berufen, nach ihnen der überlebende Ehegatte. Hiernach bestimmt sich die ordentliche Intestaterbfolge. Gewissen Personen aber wird unabhängig von der regelmäßigen Erbfolgeordnung neben Andern, welche dieser gemäß Erben werden, ein gewisser Theil der Erbschaft angetragen. Man kann diese Fälle passend als außerordentliche Erbfolge bezeichnen. Demnach unterscheiden wir 1) die ordentliche Erbfolge der Verwandten, 2) die ordentliche Erbfolge des überlebenden Ehegatten, 3) die Fälle der außerordentlichen Interstaterbfolge.

Anm. Vgl. überhaupt: Glück, hermeneutisch syst. Erörtr. d. L. von der Intestaterbfolge. Erlangen 1803. (2. Aufl. 1822.). Roßhirt Einleitung in das

Erbrecht und Darstellung des ganzen Intestaterbrechts, besonders nach römischen Quellen. Landshut 1831. Arndts, Intestaterbfolge (römische) im Rtslex. V. S. 668 ... 700. (Ueber deutsche Intestaterbfolge s. Brackenhoeft ebendas. S. 700 ... 798.).

1) Die ordentliche Erbfolge der Verwandten.

a) Berechtigung zur Verwandtenerbfolge.

§. 474.

α) Im Allgemeinen.

Das ältere Civilrecht gründete die gesetzliche Erbfolge auf die civilrechtliche Verwandtschaft oder Agnation[1]. Nachdem dieses Erbsystem theils durch die prätorische Intestaterbfolge[2], theils durch eine Reihe von Gesetzen, welche unabhängig von der Agnation ein civilrechtliches Erbrecht verliehen[3], durchkreuzt worden war, hat Justinian endlich durch die Nov. 118. eine neue einfache Ordnung der gesetzlichen Erbfolge aufgestellt, welche, unter Beseitigung jeden Vorzugs der Agnaten, nur auf die Verwandtschaft überhaupt (Cognation) gegründet ist und in gleicher Weise auf den Nachlaß der bis zu ihrem Tode noch der väterlichen Gewalt untergebenen wie der gewaltfreien Personen Anwendung findet[4]. Die Erbberechtigung erstreckt sich darnach, ohne Unterschied der Geschlechter, auf alle Grade der Verwandtschaft, soweit diese nur erweislich ist. Wie die Verwandtschaft selbst ein gegenseitiges Verhältniß ist, so ist nun auch die darauf allein gegründete Möglichkeit des Erbrechts regelmäßig eine gegenseitige.

Anm. [1] Nach altem Civilrecht waren, abgesehen von der Beerbung manumittirter Personen, legitimi heredes a) diejenigen Familienmitglieder, welche durch den Tod des Erblassers sui iuris geworden, sui heredes, b) die nächsten Agnaten, jedoch von weiblichen nur die Schwester, consanguinea, c) die Gentilen, die aber schon zur Zeit der spätern classischen Juristen nicht mehr vorkamen. Vgl. Gai. III. 1 ... 17. Ulp. tit. 26. Pauli sentt. IV. 8. Collat. tit. 16. Inst. de hereditatibus, quae ab intestato deferuntur. 3. 1. Dig. de suis et legitimis. 38. 16.

[2] Die bonorum possessio intestati wurde deferirt a) ex edicto unde liberi den suis heredibus und den aus der väterlichen Gewalt gelösten nicht in fremder Familie befindlichen Kindern, namentlich den emancipirten, b) ex edicto unde legitimi den legitimis heredibus (Anm. 1.), c) ex edicto unde cognati allen Cognaten je nach der Nähe des Grades bis zum 6. Grade einschließlich und noch einigen des 7. Grades, d) zuletzt ex edicto unde vir et uxor dem überlebenden Ehegatten. Besondere Classen kamen zudem noch vor,

wenn der Erblasser eine ex servitute oder mancipio manumittirte Person war. Vgl. Gai. III. 18...31. Ulp. tit. 28. Inst. de successione cognatorum. 3. 5., de bonor. poss. 3. 9. Dig. si tabulae testamenti nullae extabunt unde liberi. 38. 6. (cf. de coniungendis cum emancipato liberis eius. 37. 8.), unde legitimi. 38. 7., unde cognati. 38. 8., unde vir et uxor. 38. 11. Cod. unde liberi. 6. 14., unde legitimi et unde cognati. 6. 15., unde vir et uxor. 6. 18.

3 Ein neues civiles Erbrecht erhielten a) als Verwandte in absteigender Linie vor andern die Kinder gegen die Mutter durch das Sc. Orphitianum, sodann durch Constitutionen, jedoch vorerst unter Beschränkungen, Enkel gegen die mütterlichen Großeltern und die väterliche Großmutter; b) unter den Verwandten in aufsteigender Linie die Mutter durch das Sc. Tertullianum, jedoch unter eigenthümlichen Beschränkungen, die aber später zu ihrem Vortheil geändert wurden; c) unter den Seitenverwandten alle weiblichen Agnaten ohne Unterschied des Grades, und die nicht agnatischen Geschwister und deren Kinder, zuletzt mit einem Vorzug der vollbürtigen vor den halbbürtigen. Vgl. Theod. Cod. de legit. hereditat. 5. 1. Inst. de Sc. Orphitiano. 3. 4., de Sc. Tertulliano. 3. 3. Dig. ad Sc. Tertullianum et Orphitianum. 38. 17. Cod. de suis et legitimis liberis et ex filia nepotibus ab intestato venientibus. 6. 55., ad Sc. Tertull. 6. 56., ad Sc. Orphit. 6. 57., de legitimis heredibus. 6. 58., communia de successionibus. 6. 59. §. 15. 16. J. de hered. ab int. 3. 1. §. 3. 4. 7. J. de legit. agnat. succ. 3. 2. §. 1. J. de succ. cognat. 3. 5. Nov. 18. cap. 4. nov. 84. — Ueberhaupt s. Vang. §. 405...410. Arndts im Rtslex. V. S. 669...678.

4 Die Novelle 118 (im Authenticum 113.), erlassen im Jahr 543. n. Chr., sagt in der praef. „Plurimas et diversas leges veteribus temporibus prolatas invenientes, per quas non iuste differentia ab intestato successionis inter cognatos ex masculis et feminis introducta est, necessarium esse perspeximus omnes simul ab intestato cognationum successiones per praesentem legem clara compendiosaque divisione disponere; itaque prioribus legibus pro hac causa positis de cetero ea sola servari, quae nunc constituimus“; sodann in cap. 4. „Nullam vero volumus esse differentiam in quacunque successione aut hereditate inter eos, qui ad hereditatem vocantur, masculos ac feminas, quos ad hereditatem communiter definivimus vocari, sive per masculi seu per feminae personam defuncto iungebantur, sed in omnibus successionibus agnatorum cognatorumque differentiam vacare praecipimus, sive per femineam personam, sive per emancipationem, sive per alium quemlibet modum prioribus legibus tractabatur, et omnes sine qualibet huiusmodi differentia secundum proprium cognationis gradum ad cognatorum successionem ab intestato venire praecipimus.“ cf. cap. 1. 2. in f. „sive suae potestatis seu sub potestate fuerit, cui succedunt.“ — Die Novelle ist aber ein allgemeines Gesetz, das wesentlich nur eine neue Feststellung der Erbfolgeordnung bezweckt, und die fortdauernde Geltung besonderer Bestimmungen des vorherigen Rechts nicht schlechthin ausschließt (§. 10.).

§. 475.

β) Vermöge der Adoptivverwandtschaft.

Die Adoption begründet 1) wenn sie Arrogatio oder vollkommene Adoptio i. e. S. ist, nach römischem Recht ein vollkommenes gegenseitiges Verwandtenerbrecht zwischen dem Adoptirten und dessen agnatischen Descendenten einerseits und dem Adoptivvater und dessen Agnaten andererseits [a], so lange das Adoptivverhältniß besteht [b]; zugleich aber bleibt das cognatische Erbrecht zwischen dem Adoptirten und seinen natürlichen Verwandten, auch zwischen jenem und dessen natürlichem Vater, bestehen [c]. 2) Die unvollkommene Adoption erzeugt nur ein durchaus exceptionelles Kindeserbrecht des Adoptirten gegen den Adoptirenden [d]. 3) Die Adoption durch eine Frau hat ein gegenseitiges Erbrecht zwischen dieser als Adoptivmutter und dem Adoptivkinde zur Folge, das sich dann auch auf die Nachkommen des letzten, nicht aber auf andere Verwandte der einen und des andern erstreckt [e].

Anm. Daß der plene adoptatus auch gegen den natürlichen Vater noch ein Kindeserbrecht behalte und umgekehrt, ist in neuerer Zeit bestritten von Löhr im Mag. III. S. 397. fg. Puchta §. 449. und Mühlenbruch §. 633. not. 4. Erläutr. der Pand. Bd. 35. S. 173. fg.; der letzte läugnet jedes Erbrecht unter ihnen; hauptsächlich wegen L. 6. §. 4. D. de b. p. c. t. 37. 4. und L. 10. pr. Cod. de adopt. 8. 48. Vgl. dagegen §. 13. 14. J. de hered. ab int. 3. 1. L. 1. §. 4. D. unde cogn. 38. 8. (cf. L. 3. §. 7. 8. L. 21. §. 1. D. de b. p. c. t. 37. 4.) L. 10. §. 5. Cod. de adopt. 8. 48. Büchel a. a. O. S. 18. fg. Vang. II. §. 412. Arndts a. a. O. S. 686 ... 689.

§. 476.

γ) Vermöge unehelicher Verwandtschaft.

Die uneheliche Verwandschaft steht 1) so viel das Verhältniß des unehelichen Kindes und seiner Nachkommen zu der Mutter und deren übrigen Verwandten betrifft [1], der ehelichen gleich [a]. Hingegen 2) in Beziehung zu ihrem Erzeuger gelten die unehelichen Kinder nicht als vollberechtigte Cognaten [b]; zwischen diesen und jenem, sowie ihren beiderseitigen Verwandten, besteht regelmäßig nicht das ordentliche Erbrecht der Verwandten [c]. Jedoch stehen

[a] L. 1. §. 4. D. unde cognati. 38. 8. L. 4. §. 2. 10. L. 5. D. de grad. 38. 10. L. 10. 11. D. de adopt. 1. 7. cf. §. 425. Anm. 1. [b] L. 3. D. unde cogn. 38. 8. [c] L. 1. §. 4. L. 5. D. l. c. §. 13. 14. in f. J. de hered. ab int. §. 1. §. 3. J. de succ. cognat. 3. 5. nov. 118. cap. 1. 2. 4. cf. §. 425. Anm. 2. [d] L. 10. §. 1. Cod. de adopt. 8. 48. §. 14. J. de hered. ab int. 3. 1. cf. § 425. not. g. [e] L. 5. Cod. de adopt. 8. 48. cf. §. 438.

[a] L. 2. 4. 8. D. unde cognati. 38. 8. [b] §. 12. J. de nupt. 1. 10. L. 4. D. cit. [c] cf. Cod. de natural. lib. 5. 27. Nov. 89.

a) die legitimirten Kinder[2] den ehelichen gleich[d], ebenso b) die Kinder aus einer putativen, aber in gehöriger Form eingegangenen Ehe; nur hat derjenige von den Eltern, welcher das Ehehinderniß kannte, kein Erbrecht gegen jene[e]; c) nach der Praxis haben auch die Brautkinder ein Erbrecht gegen den Vater, wenn nämlich ein gültiges Verlöbniß bestand, und nur durch den Tod oder ungegründete Weigerung des Bräutigams die Ehe verhindert wurde[3].

Anm. [1] Vgl. Seuffert's Arch. I. 256. — Justinian hat davon durch eine ipsi pudicitiae dedicata lex eine durch nov. 118. nicht beseitigte, heutzutage aber unpraktische Ausnahme gemacht: die mater illustris soll von ihrem unehelichen Kinde nicht beerbt werden, wenn sie andere rechtmäßige Kinder hinterläßt. L. 5. Cod. ad Sc. Orphit. 6. 57. — Streitig aber ist, ob auch die ex damnato coitu (Ehebruch, Bigamie oder Incest) erzeugten Kinder zu den erbfähigen Verwandten der Mutter zu zählen sind? Puchta §. 41. 455. Nur in Betreff der incestuosi wird dies verneint von Glück Intestaterbf. §. 136. Mühlenbruch a. a. O. Bd. 36. S. 158. fg. u. a., nach L. 6. Cod. de incest. nupt. 5. 5., die aber Andere durch nov. 12. cap. 1. für beseitigt halten. Roßhirt a. a. O. S. 211. fg. Vang. §. 413. Anm. 2. vgl. Seuffert's Arch. I. 257.

[2] Bestritten ist dies bezüglich der durch Rescript legitimirten Kinder, wenn noch eheliche da sind: arg. nov. 74. cap. 1. 2. nov. 89. cap. 9. 11. vgl. §. 421. Anm. 3. Die heutzutage unpraktische Legitimation per oblationem curiae begründete nur zwischen dem Legitimirten und dem natürlichen Vater, nicht auch dessen Verwandten, ein Erbrecht. nov. 89. cap. 2 ... 4. 11. pr.

[3] Diese Praxis stützt sich auf cap. 12. X. 1. c. 4. 17. Vgl. Glück §. 155. Puchta §. 41. not. k. Mayer Erbr. I. S. 191 ... 196. Seuffert's Arch. VIII. 65. 66. Dagegen die Praxis in Holstein nach Seuffert's Arch. V. 200. — Nach einer andern Meinung soll bei grundloser Weigerung des Bräutigams die Ehe bezüglich ihrer civilrechtlichen Wirkungen durch richterliches Urtheil in contumaciam für geschlossen erklärt und so das Brautkind dem ehelichen völlig gleichgestellt werden. Böhmer ius eccles. IV. 3. §. 49. 50. Längst aufgegeben ist eine dritte Meinung, wornach durch den Beischlaf das Brautverhältniß (sog. sponsalia de futuro) in eine wirkliche Ehe (sog. sponsalia de praesenti) verwandelt wäre. — Ob in dem vorliegenden Falle auch der Vater gegen das Kind ein gesetzliches Erbrecht habe? Zimmermann im civ. Arch. XXXVIII. 9. Seuffert's Arch. IX. 189.

b) Erbfolgeordnung der Verwandten.

§. 477.

α) Classen derselben.

Die Ordnung, in welcher die Verwandten zur Erbfolge berufen werden, wird zunächst durch Eintheilung derselben in vier

[d] L. 10. Cod. l. c. nov. 89. cap. 8. [e] cap. 2. 8. 14. 15. X. qui filii sint legitimi. 4. 17.

Classen (ordines) bestimmt, von denen je die vorstehende die folgenden ausschließt. Diese sind:

1) Kinder und Kindeskinder oder Descendenten aller Grade; jedoch werden die Nachkommen des zweiten, dritten Grades u. s. w. durch ihren noch lebenden erbfähigen Parens, durch welchen ihre Verwandtschaft mit dem Erblasser vermittelt wird, von des letzten Beerbung ausgeschlossen; sie rücken nur in die Stelle des ersten ein, wenn er selbst nicht zur Erbfolge berufen ist [1].

2) Aeltern (Ascendenten), vollbürtige Geschwister, Söhne und Töchter vollbürtiger Geschwister [2]. Von den ersten gehen immer die dem Grade nach nähern den entferntern, also Vater [3] und Mutter allen andern Ascendenten vor. Als vollbürtige Geschwister erben nur diejenigen, welche durch Vermittlung beider Aeltern mit einander in einer zur ordentlichen Erbfolge berechtigenden Verwandtschaft stehen; uneheliche Kinder derselben Aeltern und Adoptivgeschwister sind als solche nur für halbbürtige anzusehen. Kinder von Geschwistern erben, wie in der ersten Classe die Enkel, nur, sofern ihr Parens nicht mehr zur Erbschaft berufen ist [4].

3) Halbbürtige Geschwister und halbbürtiger Geschwister Kinder, in gleichem Verhältniß zu einander, wie in der zweiten Classe die vollbürtigen und Kinder von solchen [5].

4) Alle übrigen Seitenverwandten, ohne Unterschied zwischen vollbürtigen und halbbürtigen, aber so, daß der nähere Grad immer den entferntern ausschließt [6].

Anm. [1] Nov. 118. cap. 1. Si quis igitur descendentium fuerit ei, qui intestatus moritur, cuiuslibet naturae aut gradus, sive ex masculorum genere sive ex feminarum descendens, et sive suae potestatis sive sub potestate sit, omnibus ascendentibus et ex latere cognatis praeponatur. Licet enim defunctus sub alterius potestate fuit, tamen eius filios, cuiuslibet sexus sint aut gradus, etiam ipsis parentibus praeponi praecipimus, quorum sub potestate fuit qui defunctus est, in illis videlicet rebus, quae secundum alias notras leges patribus non acquiruntur (nam in usu harum rerum, qui debet acquiri aut servari, nostras de his leges parentibus custodimus): sic tamen, ut, si quem horum descendentium filios relinquentem mori contigerit, illius filios aut filias aut alios descendentes in proprii parentis loco succedere, sive sub potestate defuncti sive suae potestatis inveniantur, tantam de hereditate morientis accipientis partem, quanticunque sint, quantam eorum parens, si viveret, habuisset; quam successionem in stirpes vocavit antiquitas.

In hoc enim ordine gradum quaeri nolumus, sed cum filiis et filiabus ex praemortuo filio aut filia nepotes vocari sancimus, nulla introducenda differentia, sive masculi sive feminae sint, et sive ex masculorum seu feminarum prole descendant, sive suae potestatis sive sub potestate sint constituti. — Das Recht des Enkels oder Urenkels, an die Stelle des Parens zu treten, pflegt man Repräsentationsrecht zu nennen. Der Ausdruck ist unverfänglich, wenn nur nicht die (jetzt allgemein aufgegebene) Idee damit verbunden wird, daß die Enkel nicht kraft eigenen Rechts, sondern blos als Erben ihres Parens neben Söhnen und Töchtern den Großvater beerben können.

[2] Nov. 118. cap. 2. Si igitur defunctus descendentes quidem non derelinquat heredes, pater autem aut mater aut alii parentes ei supersint, omnibus ex latere cognatis hos praeponi sancimus, exceptis solis fratribus ex utroque parente coniunctis defuncto, sicut per subsequentia declarabitur. Si autem plurimi ascendentium vivunt, hos praeponi iubemus, qui proximi gradu reperiuntur, masculos et feminas, sive materni sive paterni sint. Si autem eundem habent gradum, ex aequo inter eos hereditas dividatur, ut medietatem quidem accipiant omnes a patre ascendentes, quanticunque fuerint, medietatem vero reliquam a matre ascendentes, quantoscunque eos inveniri contigerit. Si vero cum ascendentibus inveniantur fratres aut sorores ex utrisque parentibus coniuncti defuncto, cum proximis gradu ascendentibus vocabuntur, si et pater aut mater fuerint, dividenda inter eos quippe hereditate secundum personarum numerum, uti et ascendentium et fratrum singuli aequalem habeant portionem: nullum usum ex filiorum aut filiarum portione in hoc casu valente patre sibi penitus vindicare, quoniam pro hac usus portione hereditatis ius et secundum proprietatem per praesentem dedimus legem: differentia nulla servanda inter personas istas, sive feminae sive masculi fuerint, qui ad hereditatem vocantur, et sive per masculi sive per feminae personam copulantur, et sive suae potestatis seu sub potestate fuerit, cui succedunt. Reliquum est, ut tertium ordinem decernamus, qui vocatur ex latere et in agnatos et cognatos dividitur, ut etiam hac parte disposita undique perfecta lex inveniatur. cap. 3. Si igitur defunctus neque descendentes neque ascendentes reliquerit, primum ad hereditatem vocamus fratres et sorores ex eodem patre et eadem matre natos, quos etiam cum patribus ad hereditatem vocavimus. His autem non existentibus, in secundo ordine illos fratres ad hereditatem vocamus, qui ex uno parente coniuncti sunt defuncto, sive per patrem solum seu per matrem. Si autem defuncto fratres fuerint et alterius fratris aut sororis praemortuorum filii, vocabuntur ad hereditatem isti cum de patre et matre thiis, masculis et feminis, et, quanticunque fuerint, tantam ex hereditate percipient portionem, quantam eorum parens futurus erat accipere, si superstes esset. Unde consequens est, ut, si forte praemortuus frater, cuius filii vivunt, per utrumque parentem nunc defunctae personae iungebatur, superstites autem fratres per patrem solum forsan aut matrem ei iungebantur, praeponantur istius filii propriis thiis, licet tertio sint

gradu, sive a patre sive a matre sint thii et sive masculi sive feminae, sicut eorum parens praeponebatur, si viveret. E diverso, si quidem superstes frater et ex utroque parente coniungitur defuncto, praemortuus autem per unum parentem iungebatur, huius filios ab hereditate excludimus, sicut ipse, si viveret, excludebatur. Huiusmodi vero privilegium in hoc ordine cognationis solis praebemus fratrum masculorum aut feminarum filiis aut filiabus, ut in suorum parentum iura succedant; nulli alii omnino personae ex hoc ordine venienti hoc ius largimur . . . Quandoquidem ergo fratris et sororis filiis tale privilegium dedimus, . . . illud palam est, quia thiis defuncti . . . praeponuntur, si etiam illi tertium cognationis similiter obtineant gradum.

[3] Bei Adoptivkindern können nach §. 475. zwei Väter concurriren. Emancipirte Kinder dagegen konnten nach dem Recht vor nov. 118. von dem Emancipator als solchem (parens manumissor), gleich wie der Freigelassene von seinem Patron, also nicht der Verwandtschaft wegen, beerbt werden. §. 8. J. de legit. agnat. succ. 3. 2. L. 10. D. de suis. 38. 16. L. 2. §. 15. 16. D. ad Sc. Tertull. 38. 17. cf. L. 6. Cod. de emancipat. 8. 49. L. 4. Cod. ad Sc. Orphit. 6. 57. L. 7. §. 1. Cod. ad Sc. Tertull. 6. 56. L. 13. Cod. de legit. hered. 6. 58. Ob dieses besondere Erbrecht durch nov. 118. aufgehoben sey, ist streitig. Es ist kaum möglich, dasselbe mit der neuen Ordnung zu vereinigen (Arndts im Rtslex. S. 681.), und in der Praxis ist es jedenfalls als antiquirt angesehen. Vgl. Mayer Erbr. I. §. 85. not. 5. 6. Mühlenbruch a. a. O. Bd. 35. S. 219. fg. Bd. 37. S. 356. fg.

[4] Nach der Nov. 118. cap. 3. pr. in f. sollten die Geschwisterkinder nicht erben, wenn außer Geschwistern des Erblassers auch noch Ascendenten da waren. Si autem cum fratribus defuncti etiam ascendentes, sicut iam diximus, ad hereditatem vocantur, nullo modo ad successionem ab intestato fratris aut sororis filios vocari permittimus, neque si ex utroque parente eorum pater aut mater defuncto iungebatur. Justinian hat dies geändert durch nov. 127. cap. 1. Hoc itaque iuste corrigentes sancimus, ut, si quis moriens relinquat ascendentium aliquem et fratres, qui possunt cum parentibus vocari, et alterius fratris praemortui filios, cum ascendentibus et fratribus vocentur et praemortui fratris filii et tantam accipiant portionem, quantam futurus erat eorum parens accipere, si vixisset. Haec vero sancimus de illis fratris filiis, quorum pater ex utroque parente iungebatur defuncto, et absolute dicimus, quem eis dedimus ordinem, quando cum solis vocantur fratribus, eundem eos habere iubemus, et quando cum fratribus vocantur ascendentium aliqui ad hereditatem. Dagegen für den Fall, wenn Geschwisterkinder nur mit Ascendenten concurriren, hat Justinian nichts geändert (Arndts a. a. O. S. 692.); doch hat die Praxis die nov. 127. auch auf diesen Fall ausgedehnt, Glück S. 639. fg., was auch als der Absicht Justinian's entsprechend neuerdings vertheidigt wird von Helmolt civ. Abh. I. S. 12. arg. Juliani epit. ad h. l. vgl. Puchta Vorles. zu §. 457. Dagegen ist die erwähnte Praxis verworfen durch ein neueres Erkenntniß in Seuffert's Arch. V. 300. Uebrigens kann man auch dieses Recht der Geschwister-

kinder nur in demselben Sinne, wie das der Enkel nach Anm. 1., ein Repräsentationsrecht nennen; grundlos ist es, wenn man, wie Glück §. 24. der 2. Aufl., hier die falsche Idee damit verbindet, die man dort als solche verwirft.

[5] Nov. 118. cap. 3. pr. vgl. Anm. 2.

[6] Nov. 118. cap. 3. §. 1. Si vero neque fratres neque filios fratrum, sicut diximus, defunctus reliquerit, omnes deinceps a latere cognatos ad hereditatem vocamus secundum uniuscuiusque gradus praerogativam, ut viciniores gradu ipsi reliquis praeponantur. Si autem plurimi eiusdem gradus inveniantur, secundum personarum numerum inter eos hereditas dividitur, quod in capita nostrae leges appellant.

§. 478.

β) Nacheinanderfolge der verschiedenen Classen und Grade.

Die genannten vier Classen stehen in dem Verhältniß zu einander, daß die Verwandten einer folgenden Classe ausgeschlossen sind, so lange noch Verwandte einer vorhergehenden Classe Erben werden können. Allein wenn entschieden ist, daß kein Verwandter der zunächst berufenen Classe Erbe wird, so wird nunmehr die nächstfolgende Classe berufen. Dies ist die sog. successio ordinum. Ebenso findet auch in einer Classe eine Nacheinanderfolge der verschiedenen Grade statt, sog. successio graduum [1]; wenn von denjenigen, welchen als nähern Verwandten die Erbfolge angetragen war, keiner Erbe wird, so werden nunmehr die des nächstfolgenden Grades berufen. Dies gilt unbestritten in der vierten Classe, und in der zweiten zu Gunsten der entferntern Ascendenten, wenn die vor ihnen berufenen Erben wegfallen. Es ist aber auch in der ersten Classe zu Gunsten der entferntern Nachkommen zu behaupten, und in der zweiten und dritten Classe zu Gunsten der Geschwisterkinder, die durch ihren zunächst berufenen Parens von der Erbfolge ausgeschlossen waren [2], wenn weder dieser noch andere mit ihm berufene Verwandte wirklich Erben werden.

Anm. [1] Die sog. successio ordinum et graduum galt bei der alten Civilerbfolge nicht; es war Regel: in legitimis hereditatibus successio non est. Gai. III. 12. Ulp. XXVI. 5. Pauli sentt. IV. 8. §. 23. Sie wurde zuerst bei der bonorum possessio intestati bezüglich der Classen, und in der Classe der Cognaten bezüglich der Grade eingeführt. Dig. de successorio edicto. 38. 9. Cod. 6 16. cf. Dig. quis ordo in possessionibus servetur. 38. 15. cf. Theophil. ad §. 11. J. de grad. cogn. 3. 6. Justinian führte sie auch bei der civilrechtlichen Erbfolge ein, L. 15. §. 3. Cod. de legit. hered. 6. 58. §. 7. J. de legit. agnat. succ. 3. 2. cf. supplem. ad L. 4. (rest.) Cod.

de bon. lib. 6. 4.; und so ist sie denn in das Recht der Nov. 118. übergegangen.

2 Bestritten ist beides von Puchta §. 458. not. e.; „denn nicht der Grad ist es, der hier den entfernten ausgeschlossen hat". Dagegen Vang. §. 420. Arndts a. a. O. S. 694. Nur für Geschwisterkinder läugnet, aus andern Gründen, die successio graduum Büchel a. a. O. S. 117. fg.; sie sollen, wenn ihr Parens wegfällt, erst in der vierten Classe als Verwandte dritten Grades erben. Dagegen Vang. a. a. O. Vgl. jetzt auch Helmolt Abh. I. S. 2. fg.

§. 479.

c) Theilung der Erbfolge unter Mehrere.

Wenn Mehrere zugleich zur Erbfolge berufen sind, so theilt sich diese in der Regel unter sie zu gleichen Theilen (in capita, nach Köpfen). So unter mehreren Kindern des ersten Grades, unter Ascendenten und Geschwistern, Geschwistern allein, Geschwisterkindern allein, und durchaus in der vierten Classe. Aber 1) in der ersten Classe erhalten Enkel von einem Sohne oder einer Tochter des Erblassers je zusammen nur den Erbtheil, der ihrem vorverstorbenen oder sonst nicht erbfähigen Parens zugekommen wäre, und eben so Urenkel u. s. w.; die Erbfolge theilt sich nach Descendentenstämmen (successio in stirpes). 2) Dasselbe gilt in der zweiten und dritten Classe bezüglich der Geschwisterkinder, wenn sie mit andern Erben dieser Classen zusammentreffen. 3) Unter mehreren gleich nahen allein erbenden Ascendenten der höhern Grade, väterlicher und mütterlicher Seite, theilt sich die Erbfolge nach Linien (successio in lineas), d. h. so daß die eine Hälfte den väterlichen, die andere den mütterlichen Großeltern zufällt [1]. In Fällen dieser Art kann zufolge mehrfacher Verwandtschaft auf dieselbe Person ein mehrfacher Erbtheil kommen [2]. Die Art der Theilung bestimmt sich darnach, welche Personen berufen, nicht darnach, welche wirklich Erben geworden sind [3]. Der Ursprung der Güter des Erblassers kommt, einen Fall ausgenommen, nicht in Betracht [4].

Anm. 1 Vgl. überhaupt §. 477. Anm. 1. 2. 4...6. Die Art der Theilung unter Kindern verschiedener Geschwister, wenn sie allein berufen sind, war streitig seit der Zeit der Glossatoren; Accursius vertheidigte die Theilung nach Stämmen, Azo die nach Köpfen, die auch der Byzantiner Harmenopulos V. 8. §. 15. annimmt. Vgl. Glück S. 664...705. (welcher selbst in der 1. Aufl. der Meinung des Azo, in der 2. einer Mittelmeinung huldigt). Der R.A. von 1529. aber hat entschieden: „Wann einer untestirt abstirbt und nach ihm kein Bruder

oder Schwester, sondern seiner Brüder oder Schwester Kinder in ungleicher Zahl verläßt, daß alsdann dieselben seines Bruders oder Schwester Kinder in die Häupter und nicht in die Stämme erben und dem Verstorbenen ihrer Vater oder Mutter Brüder oder Schwester dermaßen zu succediren zugelassen werden sollen."

[2] So kann z. B. im Falle 1) das Kind von Geschwisterkindern bei Beerbung des Urgroßvaters, im Falle 3) der väterliche und mütterliche Großvater bei Beerbung des Urenkels einen zweifachen Erbtheil erhalten. Auch in der dritten Classe (Nr. 2.) kann dasselbe vorkommen zu Gunsten des Kindes von zwei Stiefgeschwistern bei Beerbung des halbbürtigen Bruders der beiden Eltern, und selbst auch in der zweiten Classe zu Gunsten des in putativer Ehe von zwei leiblichen Geschwistern des Erblassers erzeugten Kindes.

[3] Einige halten, unter Berufung auf L. 2. Cod. ad Sc. Orphit. 6. 57., den schwankenden und ungleichen Zeitpunkt der Acquisition der Erbschaft für den entscheidenden. Mayer Anwachsungsrecht S. 251. fg. Witte im Rtslex. I. S. 278. Dagegen vorzüglich Mühlenbruch a. a. O. Bd. 43. S. 292. fg. Vang. §. 421. Arndts a. a. O. S. 695. fg. und jetzt noch Helmolt a. a. O. S. 83. fg.

[4] Die Ausnahme s. in §. 417. not. d. Vermöge einer durchaus unzuläßigen Combination der L. 13. §. 2. (in der Ausgabe von Herrmann L. 13. in f. ohne §§.) Cod. de legit. hered. 6. 58. mit nov. 118. wurde früher gewöhnlich noch behauptet, daß in der dritten Classe beim Zusammentreffen von uterini und consanguinei die ersten das von der Mutter, die andern das vom Vater herrührende Vermögen ausschließlich erhalten. Dagegen Francke Beiträge 1. 7.

[5] Eigenthümliche Modificationen können noch a) durch besondere Rechte des Vaters eintreten. Dieser behält nämlich α) wenn er nicht zur Erbschaft des in seiner Gewalt befindlichen Kindes mitberufen ist, den Nießbrauch, den er bisher hatte (§. 433. Nr. 4. vgl. jedoch §. 436. Anm. 2.). β) Bei der Beerbung der Mutter durch die Kinder erlangt er nicht nur, wie in andern Fällen, den Nießbrauch an deren Erbtheilen, wenn diese noch in seiner Gewalt sind, sondern auch, wenn sie oder ihr Vater emancipirt oder als Tochterkinder gar nicht in seiner Gewalt gewesen sind, den Nießbrauch an einer Virilportion. L. 3. Cod. de bon. mat. 6. 60. Ueber die Berechnung vgl. Schrader Abh. I. 4. Vang. §. 415. Puchta §. 457. not. c. Vgl. jedoch §. 436. Anm. 3. mit §. 433. Anm. 2. Wenn dagegen γ) der Vater in der zweiten Classe selbst berufen ist, so hat er keinen Nießbrauch mehr an den Erbtheilen der Miterben. (§. 434. 2.) b) Zum Nachtheil der miterbenden Mutter tritt eine Beschränkung ein zufolge des §. 417. not. h.

§. 480.

2) Ordentliches Erbrecht des Ehegatten.

Sind keine erbberechtigte Verwandte da, oder die vorhandenen machen von ihrem Erbrecht keinen Gebrauch, so kann der überlebende Ehegatte durch die bonorum possessio ex edicto unde

vir et uxor zur Erbfolge gelangen [a]. Vorausgesetzt wird dabei, daß eine gültige Ehe bis zum Tode des Erblassers bestanden und nicht einmal eine wenngleich rechtlich unwirksame Scheidung stattgefunden habe [b]. Auch durch die Scheidung von Tisch und Bett, nach heutigem Recht, wird dieses Erbrecht ausgeschlossen.

3) Außerordentliche Erbfolge.

§. 481.

a) Der armen Wittwe.

Der dürftigen Wittwe des wohlhabenden Erblassers ist, falls sie nicht nach §. 480 erbt, neben den nach §. 474...478 erbenden Verwandten ein Erbrecht gegeben [1], das ihr auch durch testamentarische Verfügung nicht geschmälert werden soll; und zwar der Regel nach auf ein Viertheil der Erbschaft, jedoch, wenn sie mit mehr als drei Kindern des Erblassers zusammentrifft, nur auf einen Kopftheil [2], zudem noch mit der Beschränkung, daß ihr Erbtheil in keinem Fall den Betrag von 100 Pfund Goldes überschreiten soll. Auch muß sie in ihren Erbtheil einrechnen, was ihr durch Vermächtniß vom Manne zugewendet ist. Erbt sie mit eigenen Kindern zusammen, so erhält sie nur den Nießbrauch an ihrem Erbtheil; die Proprietät bleibt jenen vorbehalten. Voraussetzung auch dieses Erbrechts ist, daß die hinterlassene Frau mit dem Erblasser bis zu dessen Tode in gültiger Ehe gelebt habe [3].

Anm. [1] Justinian hatte zuerst (a. 735.) auch dem Manne unter gleicher Voraussetzung ein gleiches Erbrecht gegeben. nov. 53. cap. 6. Später (a. 541.) hat er es diesem wieder entzogen und das der Wittwe näher bestimmt durch nov. 117. cap. 5. Vgl. Glück S. 425...473. Löhr im Mag. III. S. 359. fg. und im civ. Arch. XXII. 1.

[2] „Sind die Miterben der Wittwe alle oder zum Theil Enkel oder Urenkel von verschiedenen Stämmen, so ist ... ohne Zweifel auf die Zahl der Stämme ... Rücksicht zu nehmen; aber auch wenn nur Enkel oder Urenkel eines Stammes mit der Wittwe concurriren, muß man nach demselben Princip rechnen, also der Wittwe ein Viertheil zusprechen"; denn „unmöglich kann man dem Gesetzgeber die Absurdität zutrauen, daß er der Wittwe ein Viertheil geben wolle, wenn sie mit einem Sohne, mit drei Enkeln von einem andern und mit zwölf Enkeln von einem dritten Sohne concurrirt, aber nur ein Dreizehntheil, wenn zwölf Enkel von einem Sohne allein mit ihr erben." Arndts a. a. O. S. 698.

[3] „Das Gesetz enthält außerdem noch die nähere Bestimmung, daß die Wittwe

[a] Dig. unde vir et uxor. 38. 11. Cod. 6. 18. [b] L. 1. §. 1. D. l. c.

ohne Heirathsgut sey (indotata mulier), woraus sich das unvernünftige Resultat ergibt, daß die mit einer noch so kleinen Dos versehene, sonst bedürftige Wittwe auf die reichste Erbschaft des Mannes keinen Anspruch machen kann." Arndts a. a. O. S. 699. Man sieht daher ganz von ihr ab. Puchta §. 456.

§. 482.

b) Der natürlichen Kinder und ihres Erzeugers.

Nach Gesetzen von Justinian [a] haben die im Concubinat erzeugten Kinder (liberi naturales), nach heutiger Praxis überhaupt uneheliche Kinder (natürliche im heutigen Sinn), sofern sie vom Vater anerkannt sind, ein Erbrecht auf ein Sechstheil der Erbschaft ihres Erzeugers, wovon sie ihrer Mutter einen Kopftheil überlassen sollen. Dabei wird jedoch vorausgesetzt, daß der Erblasser weder rechtmäßige Kinder noch eine rechtmäßige Ehegattin hinterläßt. Umgekehrt hat auch der natürliche Vater ein gleiches Erbrecht gegen die Kinder [b].

Anm. 1 Vgl. Glück S. 473...489., und insbesondere über die heutige Anwendung: Mayer, das Intestaterbrecht der liberi naturales nach heut. R. R. Tübingen 1839. Seuffert's Arch. I. 87. 88. VIII. 67. Jedoch wird diese Praxis in Erkenntnissen namentlich norddeutscher Gerichte verworfen. Seuffert's Arch. VI. 223. VII. 202.

2 Das R. R. gibt noch a) den Mitcurialen ein außerordentliches Erbrecht auf ein Viertheil, wenn der Erblasser nicht von Descendenten beerbt wird. L. 1...3. Cod. quando et quibus quarta pars debetur ex bonis decurionum. 10. 34. Dies ist jetzt unpraktisch. b) Wer sich freiwillig der Pflege eines Blödsinnigen bis zu dessen Tode unterzogen hat, soll an die Stelle des gesetzlichen Erben treten, der auf ergangene Aufforderung diese Last nicht übernehmen wollte. Nov. 115. cap. 3. §. 12. Dieser Fall ist jedoch vielmehr als ein Fall der Entziehung der Erbschaft wegen Unwürdigkeit anzusehen. Puchta §. 560. not. r.

B. Von der testamentarischen Erbfolge.

§. 483.

1) Begriff des Testaments.

Ein Testament ist eine letzte Willensordnung, welche eine (gültige) Ernennung eines Erben (Erbeinsetzung) enthält. Erforderlich ist dazu Fähigkeit des Erblassers, ein Testament zu errichten, Fähigkeit des ernannten Erben, und regelmäßig auch Beobachtung einer bestimmten Form der Willenserklärung. Der Name selbst

[a] Nov. 18. cap. 89. cap. 13. [b] nov. 89. cap. 13.

rührt von der gewöhnlichen Form her, wobei eine Aufforderung zum Zeugniß vorkommt.

Anm. Ungenau ist die Definition in L. 1. D. qui test. fac. 28. 1. Testamentum est voluntatis nostrae iusta sententia de eo, quod quis post mortem suam fieri velit; unrichtig die Ableitung in pr. J. de test. ord. 2. 10. Testamentum ex eo appellatur, quod testatio mentis sit. cf. Gell. noct. att. VI. 12. — Ueber die Lehre vom Testament und die betreffende Litteratur vgl. überhaupt Heimbach im Rtslex. X. S. 713 ... 1049.

§. 484.

2) Fähigkeit zur Testamentserrichtung [a].

Die Fähigkeit zur Testamentserrichtung heißt testamenti factio [1]. Zur Gültigkeit des Testaments wird erfordert, daß der Testator zur Zeit der Errichtung wirklich fähig [b], und auch, er wäre denn Soldat [c], selbst davon überzeugt sey [d]. Nach römischem Recht ist die Testamentsfähigkeit durch das Bürgerrecht bedingt; sie geht verloren durch capitis deminutio magna, daher sind capite damnati unfähig [e]. Dieses gilt gemeinrechtlich heutzutage nicht mehr [2]. Ebensowenig besteht jetzt noch die Unfähigkeit der Apostaten und Häretiker [f]. Außerdem sind unfähig 1) der wegen Pasquills Verurtheilte [g], 2) notorische Zinswucherer, wofern sie nicht die Wiedererstattung der gesetzwidrigen Zinsen bewirken [h], 3) der erklärte Verschwender [i], 4) Hauskinder [k], ausgenommen bezüglich der bona castrensia und quasi castrensia [l]; doch können diese zu frommen Zwecken [3] mit Einwilligung des Vaters auch über die bona adventitia letztwillig verfügen [m]; 5) Unmündige [n], 6) Willensunfähige, namentlich Wahnsinnige [o], außer in lichten Zwischenräumen [p], und alle, die sich aus welchem Grunde immer in einem Zustande von Willenlosigkeit befinden, so lange dieser dauert [q], endlich 7) diejenigen, welche ihren Willen verständlich zu

[a] Inst. quibus non est permissum testamenta facere. 2. 12. Dig. qui testamenta facere possunt et quemadmodum fiant. 28. 1. Cod. qui testamenta facere possunt vel non. 6. 22. [b] L. 19. D. h. t. cf. L. 1. §. 1. 5. D. de legat. III. [c] L. 11. §. 1. D. de test. milit. 29. 1. [d] L. 1. pr. D. de legat. III. [e] L. 8. D. h. t. cf. L. 9. 13. eod. L. 2. Cod. h. t. cf. §. 469. 471. [f] L. 3. Cod. de apostat. 1. 7. L. 4. Cod. de haeret. 1. 5. cf. §. 471. Anm. 2. [g] L. 18. §. 1. D. h. t. L. 5. §. 9. D. de iniur. 47. 10. [h] cap. 2. de usuris. in 6to. 5. 5. [i] §. 2. J. h. t. 2. 12. L. 18. pr. D. h. t. [k] pr. J. h. t. L. 6. pr. L. 16. pr. D. h. t. L. 3. §. 1. L. 11. Cod. h. t. [l] pr. J. l. c. L. 12. Cod. h. t. cf. L. 26. §. 1. D. de test. milit. 29. 1. Ulp. XX. 10. [m] cap. 4. de sepult. in 6to. 3. 12. [n] §. 1. J. h. t. L. 5. D. h. t. L. 1. §. 1. D. de tut. act. 27. 3. [o] L. 16. §. 1. D. h. t. [p] L. 9. Cod. eod. [q] L. 2. 17. D. eod. L. 3. pr. Cod. eod. cf. L. 27. pr. D. de cond. instit. 28. 7. §. 59. not. b...d.

erklären nicht im Stande sind [r], z. B. ein schreibensunkundiger Stummer, und nach gesetzlicher Bestimmung schlechthin der von Geburt an Taubstumme [4].

Anm. [1] Testamenti factio heißt im umfassenderen Sinn die Rechtsfähigkeit, die dazu gehört, um bei einem Testament, es sey als Testator oder als Erbe, betheiligt zu seyn; eine Bedeutung, die sich aus der alten Testamentsform erklärt, wobei der Erbe (als familiae emtor) das Testament mitmachen half. Gai. II. 105. In diesem Sinn kann Jemand testamenti factio haben (sog. testamenti factio passiva), und doch nicht testamenti faciundi facultatem (sog. testamenti factio activa). L. 16. D. h. t. 28. 1. Aber testamenti factio heißt auch diese Fähigkeit zu testiren überhaupt. L. 1. pr. D. de test. milit. 29. 1. L. 1. §. 1. D. de tut. act. 27. 3. — Auf den völligen Mangel der testamenti factio, im ersten Sinn, bezieht man den Ausdruck intestabilis. Auth. *credentes* (§. 2. Anm. 4.). Aber vgl. L. 26. D. h. t. 28. 1. Cum lege quis intestabilis iubetur esse, eo pertinet, ne eius testimonium recipiatur; et eo amplius, ut quidam putant, neve ipsi dicatur testimonium. cf. §. 6. J. de test. ord. 2. 10. et Theophil. ad h. l. Gell. noct. att. VI. 7. XV. 13. in f. Im Justinianischen Recht wird nur der Pasquillant ausdrücklich als intestabilis genannt (not. g.); vgl. jedoch auch L. 3. Cod. de apostat. 1. 7. Arndts im Rtslex. III. S. 916.

[2] Vgl. Wächter, über Testirunfähigkeit wegen begangener Verbrechen und verhängter Strafen, im civ. Arch. XVII. 14. Der Vf. bestreitet für das heutige Recht auch die Fälle der Testirunfähigkeit unter 1. 2. (not. g. h.); mit ihm stimmt in Beziehung auf Nr. 2. überein Vang. §. 428. Dagegen mit der herrschenden Meinung Puchta §. 463. not. l.

[3] Mit Unrecht wird dies bestritten z. B. von Puchta §. 463. not. r...t., indem er das cap. 4. in 6to. 3. 12. nur auf mortis causa donatio bezieht (arg. L. 25. §. 1. D. de m. c. don. 39. 6.). Cap. 4. cit. sagt a. E. Quamvis autem filiusfamilias absque patris adsensu sibi possit libere eligere sepulturam, pro anima tamen sua (d. i. ad piam causam) praeter ipsius adsensum, nisi peculium castrense aut quasi castrense habeat, aliquid *iudicare* non potest. *Iudicare* aber heißt im mittelalterlichen Latein so viel als *supremo iudicio de bonis suis decernere.* Vgl. Gloss. man. ad script. med. latin. s. v. *iudicare.* Heimbach im Rtslex. X. S. 726. 883.

[4] Nach älterem Recht konnten Taube und Stumme (ausgenommen Soldaten, L. 4. D. de test. milit. 29. 1.) der Testamentsform wegen nicht testiren, es sey denn vermöge besonderer Concession. L. 6. §. 1. L. 7. D. h. t. Justinian hat dies geändert durch L. 10. Cod. h. t., von Geburt Taubstumme aber für schlechthin unfähig erklärt; cf. §. 3. J. h. t. Hat ein solcher sprechen oder schreiben gelernt, so kann er jedenfalls durch besondere Erlaubniß des Regenten testirfähig werden; viele halten aber, ex ratione legis, diese nicht einmal für nothwendig,

[r] L. 10. Cod. h. t. 6. 22. cf. L. 6. §. 1. L. 7. 16. pr. D. h. t. 28. 1. Notariatsordnung v. 1512. II. § 4.

wenn nur durch amtliche Untersuchung die Fähigkeit zur Willenserklärung festgestellt ist. Vgl. Preuß. Ldr. I. 5. §. 171., 12. §. 26.

3) Form des Testaments [a].

a) Privattestamente.

α) Regelmäßige Form.

§. 485.

Ein Testament kann durch einen Privatact, entweder schriftlich oder mündlich, errichtet werden. Erforderlich ist dazu die Zuziehung von sieben Zeugen [b], in deren gleichzeitigem Beisein, so daß sie den Testator wahrnehmen können [c], der ganze Act der Testamentserrichtung ohne erhebliche Unterbrechung zu vollenden ist [d] (unitas actus) [1]. Zum mündlichen Testament (testamentum nuncupativum) insbesondere ist nothwendig, daß der Testator den ganzen Inhalt des Testaments den Zeugen vernehmlich und verständlich erkläre [e], wovon dann des Beweises wegen noch eine schriftliche Aufzeichnung gemacht werden kann (testamentum nuncupativum in scripturam redactum). Zum schriftlichen Testament dagegen gehört wesentlich eine den Inhalt des letzten Willens enthaltende Urkunde, die jedoch schon vorher abgefaßt seyn kann [2]. Der Testator muß diese Urkunde in Gegenwart sämmtlicher Zeugen als sein Testament anerkennen und unterschreiben, und sodann [f] auch von diesen, die übrigens hier den Inhalt des Testaments nicht zu erfahren brauchen, unterschreiben und besiegeln lassen [3]. Hat der Testator das ganze Testament eigenhändig geschrieben [4], und, daß dieses geschehen sey, in demselben ausdrücklich bemerkt (testamentum holographum), so ist seine Unterschrift nicht mehr erforderlich. [g].

Anm. [1] L. 21. §. 3. D. h. t. Uno contextu testari oportet; est autem *uno contextu* nullum actum alienum testamento intermiscere. RO. §. 7. „Desselben Tags und Zeit, ohne daß einige andere auswendige Handlung oder Weile, denn allein die der Leibesnoth halben geschehe und klein wäre, darzwischen falle." §. 9. „Zu einer Zeit und an einer Statt, also, daß kein ander

[a] Inst. de testamentis ordinandis 2. 10. Dig. qui test. fac. poss. et quemadmodum fiant. 28. 1. Cod. de testamentis et quemadmodum testamenta ordinentur. 6. 23. RO. Tit. II. Von Testamenten. [b] §. 1...3. J. h. t. 2. 10. [c] L. 9 Cod. h. t. 6. 23. cf. L. 22. §. 6. D. h. t. [d] L. 21. pr. §. 1. 2. L. 28. pr. Cod. h. t. L. 20. §. 8. L. 21. §. 3. D. h. t. [e] L. 21. §. 2. L. 26. Cod. h. t. L. 20. §. 9. L. 21. pr. D. h. t. [f] L. 21. pr. Cod. h. t. §. 3. 5. J. h. t. cf L. 22. §. 2...7. L. 30. D. h. t. RO. §. 7. 10. [g] L. 28. §. 1. Cod. h. t.

Zeit, denn die klein wäre und aus Nothdurft der Natur sich begebe, darzwischen falle." Eitel Wortklügeln ist es, hiernach ein kurz vor Mitternacht begonnenes, nach Mitternacht vollendetes Testament für ungültig zu erklären: Marezoll in Linde's Ztschr. IV. 4., dem jedoch auch Vang. II. §. 444. S. 166. und Heimbach S. 773. beistimmten.

2 Wird das schriftliche Testament erst bei der Errichtung geschrieben oder das mündliche in Schrift gefaßt, so wird zur Geltung dieser Urkunde erfordert, daß sie vor Testator und Zeugen vorgelesen werde. NO. §. 5.

3 Das R. R. erforderte Unterschrift und Versiegelung durch die Zeugen nebst abermaliger Beisetzung ihres Namens zu dem Siegel. Spangenberg im civ. Arch. V. 5. Nach heutigem Gebrauch genügt die einmalige Namensschrift der Zeugen, in der Urkunde oder auf der Außenseite, unter Beidrückung des Siegels. — Die Siegel können eigene oder fremde seyn; §. 5. J. h. t. L. 22. §. 2. D. h. t.; auch nach heutigem Recht: NO. §. 10. „Es mögen auch ihrer einer oder mehr, so nicht eigen Signet hätten, eins oder mehr der andern Signeten sich hierin gebrauchen." Vgl. §. 7. das. „mit ihren gewöhnlichen Signeten zu besiegeln."

4 Eine übermäßig ängstliche Vorschrift, wornach der Testator die Namen der Erben immer eigenhändig schreiben sollte (§. 4. J. h. t. L. 29. Cod. h. t.), hat Justinian selbst wieder aufgehoben in nov. 119. cap. 9.

§. 486.

Die sieben Zeugen, zu welchen auch der Schreiber des Testaments gehören kann [1], müssen zur Zeit der Errichtung fähig [a], zum Testamentszeugniß aufgefordert [2] und davon, wer der Testator ist, unterrichtet seyn [b], auch freiwillig zum Zeugniß sich hergeben [c]. Fähig, Testamentszeugen zu seyn [d], sind nur mündige Personen männlichen Geschlechts, welche zu Erben eingesetzt werden können [3]. Unfähig sind aber noch insbesondere 1) der erklärte Verschwender und Intestabilis [e], 2) die zum einfachen Zeugniß natürlich unfähigen Personen [f], namentlich Wahnsinnige, Stumme, Taube, auch Blinde [4], 3) der eingesetzte Erbe und die mit ihm durch väterliche Gewalt verbundenen Personen [g], 4) derjenige, der sich in der Gewalt des Testators, sowie umgekehrt [5] derjenige, in dessen Gewalt dieser oder mit welchem in derselben väterlichen Gewalt er sich befindet [h]. Legatare und Fideicommissare sind gültige Zeugen [i]. Ein Irrthum über die Eigenschaft eines Zeugen macht den unfähigen in der Regel nicht zum fähigen [6].

a L. 22. §. 1. D. h. t. b L. 21. §. 2. eod. L. 21. pr. Cod. h. t. c L. 20. §. 10. D. h. t. d L. 20. §. 4. eod. §. 6. 7. J. h. t. e §. 6. J. l. c. L. 18. 26. D. eod. f L. 20. §. 4. eod. g L. 20. pr. eod. §. 10. J. eod. h L. 20. pr. cit. §. 9. J. eod. i L. 20. pr. cit. §. 11. J. l. c. L. 22. Cod. h. t.

Anm. [1] L. 27. D. h. t. Domitius Labeo Celso suo salutem: Quaero, an testium numero habendus sit is, qui, cum rogatus est ad testamentum scribendum, idem quoque, cum tabulas scripsisset, signaverit? (sog. quaestio Domitiana). Juventius Celsus Labeoni suo salutem: Aut non intelligo, quid sit, de quo me consulueris, aut valde stulta est consultatio tua; plus enim quam ridiculum est, dubitare, an aliquis iuste testis adhibitus sit, quoniam idem et tabulas testamenti scripserit (responsum Celsinum). — Testes idonei, rogati, voluntarii (not. a...c.).

[2] NO. §. 3. „Es ist auch im Testament nöthig, daß die Zeugen nicht allein gebeten, sondern insonderheit zu Aufrichtung des Testamens berufen und genommen, oder aufs wenigste, wo sie ungeschickter Ding unberufen zugegen wären, dazu ermahnet und besprochen werden."

[3] NO. §. 6. „Dann viel seynd in Rechten zu solcher Zeugniß verboten, als gemeiniglich alle die, so nicht mögen von Recht Testament machen oder aus Testament etwas empfahen, auch Frauen und Hermaphroditen, das seynd, die männlich und fräulich gemächt haben und in dem fräulichen Gemächt fürtreffen" u. s. w. Mit Unrecht behauptet hiernach Mayer Erbr. §. 9., daß jetzt alle, die nicht selbst ein Testament zu machen vermögen, unfähige Zeugen seyen. Die Worte der NO. sind nur eine Umschreibung für den völligen Mangel der testamenti factio (§. 484. Anm. 1.).

[4] Blinde sind nicht ausdrücklich als unfähige genannt, aber wohl nur, „weil es den römischen Juristen nicht in den Sinn kam, blinde Zeugen bei einem Act für möglich zu halten, dessen Wahrnehmung ohne den Sinn des Gesichts nicht vollständig und in allen seinen wesentlichen Momenten möglich ist." Puchta §. 465. not. p. Nach nov. 90. cap. 1. sind regelmäßig, außer im Nothfall, auch nur unbescholtene Zeugen zuzuziehen.

[5] §. 9. in f. J. h. t. Sed si filiusfamilias de castrensi peculio post missionem faciat testamentum, nec pater eius recte adhibetur testis, nec is, qui in potestate eius est; *reprobatum est enim in ea re domesticum testimonium.* cf. Gai. II. 106. Eine andere Meinung referirt Ulpian in L. 20. §. 2. D. h. t., welche von Manchen als die consequentere dem so bestimmten Ausspruch der Institutionen vorgezogen wird. Puchta §. 465. not. s. Dagegen bezieht Heimbach a. a. O. S. 769. die Stelle der Pandekten auf den Fall, wenn der Sohn noch als Soldat testirt (§. 487.), die der Institutionen auf den Fall, wenn das Testament nach Entlassung aus dem Kriegsdienst errichtet wird.

[6] Eine Ausnahme macht das R. R., wenn ein allgemein für frei gehaltener Sklave als Zeuge zugezogen war. §. 7. J. h. t. L. 1. Cod. h. t. Analoge Anwendung dieser Ausnahme ist bedenklich.

β) Außerordentliche Form.

§. 487.

aa) Wegen der Person des Testators.

Von den regelmäßigen Formvorschriften gibt es manche Ausnahmen, theils erleichternde (in welchem Fall man das Testament ein

privilegirtes nennt), theils erschwerende. Solche Ausnahmen bestehen zunächst aus Rücksicht auf die Person des Testators:

1) für Testamente der Soldaten [a]. Diese können nach römischem Recht während eines Feldzugs [b], nach der Notariatsordnung [c] nur während des Gefechts (außerdem sollen sie zwei Zeugen zuziehen), ohne alle Förmlichkeit testiren; es kommt nur auf Gewißheit des Willens an [d]. Ein solches Soldatentestament wird aber durch ehrenrührige Entlassung des Soldaten sofort ungültig, nach ehrenvoller durch Ablauf eines Jahrs [e].

2) Zum Testament eines Blinden bedarf es außer den gewöhnlichen Förmlichkeiten noch der Zuziehung eines Notars oder achten Zeugen. Dieser muß den vom Testator den Zeugen vollständig und verständlich erklärten Willen in deren Gegenwart niederschreiben oder den vorher geschriebenen vorlesen, und sodann nach Bestätigung des Testators die Urkunde mit den übrigen Zeugen unterschreiben und besiegeln [f].

3) Ein schriftliches Testament einer Person, die nicht schreiben kann, es sey aus Unkunde oder aus anderm Grunde, muß anstatt derselben von einem achten Zeugen unterschrieben werden [g].

Anm. Das Privilegium des Soldatentestaments ist auch solchen Personen gewährt, welche in ihrem Berufe die Gefahr der Soldaten theilen, für den Fall, daß sie darin umkommen. L. ult. D. h. t. 29. 1. L. un. D. de b. p. ex test. milit. 37. 13. — Vgl. überhaupt Mühlenbruch a. a. O. Bd. 42. S. 19. fg.

§. 488.

bb) Wegen besonderer Umstände bei der Errichtung.

1) Zur Zeit der Herrschaft einer ansteckenden Krankheit ist gestattet, daß die Zeugen nicht gleichzeitig versammelt, sondern einzeln und abgesondert das ihrerseits Erforderliche vornehmen [a]; sog. testamentum tempore pestis conditum [1].

2) Zur Testamentserrichtung auf dem Lande genügt im Nothfall die Zuziehung von fünf Zeugen, von denen, wenn nicht alle schreiben können, die schreibkundigen für die übrigen mitunterschreiben

[a] Inst. de militari testamento. 2. 11. Dig. de testamento militis. 29. 1. Cod. 6. 21. cf. Dig. de bonorum possessione ex testamento militis. 37. 13. [b] pr. J. l. c. L. 17. Cod. h. t. cf. L. 42. D. h. t. 29. 1. [c] NO. §. 2. [d] L. 1. pr. L. 36. pr. L. 40. pr. D. l. c. L. 15. Cod. h. t. 6. 21. L. 19. Cod de pact. 2. 3. [e] §. 3. J. h. t. 2. 11. L. 26. D. h. t. [f] L. 8. Cod. qui test. fac. 6. 22. NO. §. 9. [g] L. 21. §. 1. L. 28. §. 1. Cod. de testam. 6. 23.

[a] L. 8. Cod. de testam. 6. 23.

können; dabei müssen aber die Zeugen den Inhalt des Testaments erfahren und nach dem Tode des Erblassers eidlich darüber vernommen werden [b]; sog. testamentum ruri conditum [2].

Anm. [1] Ueber die verschiedenen Ansichten vgl. Marezoll in Linde's Ztschr. IV. S. 77. fg. Mühlenbruch a. a. O. S. 262. fg. Ackermann im civ. Arch. XXXII. 2. Vang. §. 444. (II. S. 166. fg.). Heimbach S. 815. fg.

[2] Vgl. Marezoll im civ. Arch. IX. 15. Fritz in Linde's Ztschr. V. 2. Mühlenbruch a. a. O. S. 245. fg. Heimbach S. 825. fg.

§. 489.

cc) Wegen des Inhalts des Testaments.

Aus dieser Rücksicht ist privilegirt 1) das sog. testamentum parentis inter liberos, d. i. ein Testament, worin nur für die Kinder oder Kindeskinder des Testators Verfügungen getroffen werden [1]. Dazu bedarf es nur eines schriftlichen Aufsatzes, worin der Testator eigenhändig die Namen der eingesetzten Descendenten und die Erbtheile derselben, und zwar mit Worten, nicht mit Ziffern, bezeichnet, auch das Datum hinzufügt [a]. Mündlich kann ein solches Testament unter Zuziehung von zwei Zeugen errichtet werden [b]. Die Erbeinsetzung fremder Personen wird darin für nicht geschehen geachtet. Auch Vermächtnisse an solche sind nur gültig, wenn die betreffende Verfügung vor der dazu erforderlichen Anzahl von Zeugen erklärt ist [c]. Ein älteres nach dem gemeinen Recht errichtetes Testament wird durch das testamentum parentis inter liberos nicht aufgehoben [d]. Verschieden von diesem ist die divisio parentis inter liberos, d. i. eine Verfügung über Theilung der Erbschaft unter den Kindern als gesetzlichen Erben [e], welche durch einen entweder von dem Erblasser oder von allen Kindern unterschriebenen Aufsatz geschehen kann.

2) Verfügungen zum Vortheil der Kirche oder zu frommem Zwecke (testamentum ad pias causas) bedürfen nach kanonischem Rechte [f] zu ihrer Gültigkeit keiner Förmlichkeit; es genügt, wenn sie nur durch zwei Zeugen bewiesen werden können [g].

Anm. [1] Vgl. Mühlenbruch a. a. O. S. 151 ... 245. Heimbach S. 837. fg.

[b] L. 31. Cod. eod.

[a] L. 21. §. 3. Cod. de testam. 6. 23. nov. 107. cap. 1. [b] NO. §. 2. [c] nov. 107. cap. 1. [d] nov. 107. cap. 2. [e] nov. 18. cap. 7. nov. 107. cap. 3. cf. L. 20. §. 3. L. 32. 33. 39. §. 1. D. fam. erc. 10. 2. L. 10. 16. 21. Cod. eod. 3. 36. [f] cap. 4. 11. X. de test. 4. 26.

[2] Streitig ob diese Zeugen Solennitätszeugen seyen? Mühlenbruch a. a. O. S. 130...150., oder bloße Beweiszeugen? Pfeiffer prakt. Ausf. II. S. 340. fg. Schulte in Linde's Ztschr. n. F. VIII. 6. Heimbach S. 868. fg. Vgl. Seuffert's Arch. VIII. 149.

§. 490.

b) Oeffentliche Testamente.

Die Förmlichkeiten des Privattestaments können durch Mitwirkung einer öffentlichen Autorität ersetzt werden (daher öffentliche Testamente), und zwar 1) durch Mitwirkung des Regenten, indem dieser das vom Testator ihm überreichte schriftliche Testament annimmt [a] (testamentum principi oblatum); 2) durch Mitwirkung des Gerichts (sog. testamentum iudiciale), indem der Testator entweder seinen Willen zu gerichtlichem Protokoll erklärt [b] (sog. testamentum apud acta conditum), oder, wie die Praxis gestattet, das schriftlich abgefaßte Testament dem Gerichte zur Verwahrung übergibt (sog. testamentum iudici oblatum), worüber denn auch ein Protokoll aufgenommen zu werden pflegt. 3) Nach canonischem Rechte kann auch vor dem Pfarrer und zwei Zeugen ein Testament errichtet werden [c] (canonisches Testament). Dies ist aber in Deutschland nicht gemeinrechtliche Norm geworden, obwohl es in einzelnen, namentlich geistlichen, Ländern anerkannt war.

4) Inhalt des Testaments.

§. 491.

a) Ueberhaupt.

Wesentlicher Inhalt des Testaments ist Ernennung eines Erben [a]; es muß wenigstens eine gültige Erbeinsetzung, kann aber außerdem noch verschiedenartige andere Verfügungen enthalten. Der Inhalt des Testaments aber muß 1) wirklicher Wille des Erblassers seyn [b], und darf 2) nicht auf einem Irrthum solcher Art beruhen [1], daß anzunehmen ist, der Erblasser würde ohne diesen die Verfügung nicht getroffen haben [c], auch nicht 3) durch Zwang

[a] L. 19. Cod. de testam. 6. 23. cf. Nov. Valent. XXI. 1. §. 1. 2. [b] L. 18. Cod. l. c. cf. Nov. Valent. cit. §. 2. [c] cap. 10. X. de testam. 3. 26.

[a] L. 1. §. 3. D. de vulg. subst. 28. 6. [b] L. 9. pr. §. 1...7. D. de hered. instit. 28. 5. L. 2. §. 7. D. de b. p. s. t. 37. 11. [c] L. 72. §. 6. in f. D. de cond. et dem. 35. 1. cf. α) L. 27. §. 4. L. 28. D. de inoff. test. 5. 2. L. 92. D. de hered. instit. 28. 5. L. 9. 10. Cod. de test. milit. 6. 21. β) L. 4. 7. Cod. de hered. instit. 6. 24. L. 5. Cod. de testam. 6. 23.

gegen den Erblasser [2] hervorgerufen [d], wohin aber bloßes Zureden nicht zu rechnen ist [e], noch 4) an sich oder durch das Motiv, welches einer Verfügung zum Grunde liegt, unsittlich oder rechtswidrig seyn; daher namentlich ungültig ist die Erbeinsetzung eines Kindes, das der Erblasser mit einer Frau erzeugen werde, die er nicht heirathen kann oder die zur Zeit mit einem Andern verheirathet ist [f], die Einsetzung des Regenten litis causa, d. h. um einem Proceßgegner zu schaden [g], und jede captatorische Verfügung [h], d. h. eine solche, die an die Bedingung geknüpft ist, daß der Bedachte künftig in seinem letzten Willen den Erblasser oder eine andere bestimmte Person wieder bedenken werde [3]. Der Wille muß ferner 5) bestimmt seyn [4], daher ist ungültig die Verfügung, welche geradezu in die Willkür eines Dritten gestellt ist [i], obwohl durch eine Bedingung die Wirksamkeit einer Verfügung indirect von dem Willen eines andern abhängig gemacht werden kann [k]. Endlich 6) muß der Wille, und zwar vollständig [l], erklärt seyn [m], wenn auch nicht vollkommen deutlich [n]; eine Unrichtigkeit in der Bezeichnung, es sey der Person des Bedachten [o] oder des Gegenstandes der Verfügung [p], schließt die Gültigkeit der letzten nicht aus, wenn gleichwohl der Wille erkennbar ist. Ungültig aber ist die Verfügung, wenn der Bedachte nur durch eine für ihn schimpfliche Bezeichnung erkennbar gemacht ist [q].

Um die Gewißheit des Willens zu sichern, ist übrigens durch ein Sc. Libonianum jede Verfügung zu Gunsten desjenigen, welcher das Testament für den Erblasser schreibt (ausgenommen, wenn er der einzige Intestaterbe wäre), soweit sie ihm Vortheil bringt, für nichtig erklärt, falls nicht der Erblasser dieselbe

[d] arg. not. b. c. L. 20. §. 10. D. qui test. fac. 28. 1. L. 1. Cod. si quis aliquem testari prohibuerit vel coegerit. 6. 34. cf. Dig. 29. 6. [e] L. 3. D. h. t. L. 3. Cod. h. t. [f] §. 28. J. de legat. 2. 20. L. 9. §. 1. 3. 4. D. de lib. et post. 28. 2. [g] L. 91. D. de hered. instit. 28. 5. [h] L. 29. 70. 71. D. eod. L. 64. D. de legat. I. L. 1. D. de his quae pro non script. 34. 8. L. 20. §. 2. D. de cond. instit. 28. 7. L. 11. Cod. de test. mil. 6. 21. (§. 68. Anm. 2). [i] L. 32. pr. 68. D. de hered. instit. 28. 5. L. 52. D. de cond. et dem. 35. 1. (§. 68. Anm. 3.). [k] L. 68. cit. L. 1. pr. D. de legat. II. L. 43. §. 2. D. de legat. I. cf. L. 46. §. 2. D. de fideicomm. lib. 40. 5. [l] L. 25. D. qui test. fac. 28. 1. L. 9. §. 5. D. de hered. instit. 28. 5. cf. L. 8. Cod. de inst. et subst. 6. 25. [m] L. 9. pr. §. 9. L. 62. §. 1. eod. L. 3. D. de reb. dub. 34. 5. L. 4. pr. D. de legat. I. [n] L. 62. §. 1. cit. L. 33. §. 1. D. de cond. et dem. 35. 1. cf. Dig. de rebus dubiis. 34. 5. (§. 75.). [o] L. 48. §. 3. D. de hered. inst. 28. 5. L. 33. pr. 34. pr. D. de cond. et dem. 35. 1. [p] §. 30. J. de legat. 2. 20. [q] L. 9. §. 8. D. de hered. instit. 28. 5. cf. L. 48. §. 1. eod.

entweder bei seiner Unterschrift oder durch besondere Unterzeichnung bestätigt [r].

Anm. [1] Fälle der Art sind nach not. c. α. irrige Voraussetzung des Todes einer Person, die der Testator sonst vorgezogen hätte; nach c. β. irrige Annahme einer Verwandtschaft, ohne welche er nicht so verfügt hätte. Vgl. Sav. III. S. 377. fg. Sonst gilt die Regel: falsa causa adiecta non nocet. L. 72. §. 6. D. de cond. et dem. L. 1. 2. Cod. de falsa causa adiecta. 6. 44. — Dem eingesetzten Erben, der als untergeschobenes Kind erwiesen ist, soll nach L. 46. pr. D. de iure fisci. 49. 14. die Erbschaft zum Vortheil des Fiscus entrissen werden; des Irrthums ist dabei nicht erwähnt.

[2] Eine erzwungene letztwillige Verfügung halten die Meisten mit Recht für ungültig. Dafür spricht nicht nur die durchgreifende Berücksichtigung des wahren Willens des Erblassers (not. b. c.), wofür der gezwungene noch weniger als der durch Irrthum veranlaßte gelten kann, sondern allerdings auch L. 1. Cod. h. t. (Civili disceptationi crimen adiungitur, si testator non sua sponte testamentum fecit, sed compulsus ab eo, qui heres est institutus, vel a quolibet alio, quos noluerit scripsit heredes) und die Analogie von L. 20. §. 10. cit. (not. d.); denn ein zum Zeugniß Gezwungener könnte an sich noch immer einen vollgültigen Zeugen abgeben, während der, qui coactus voluit. im prägnantern Sinne doch eigentlich noluit. So auch das Oest. Gsb. §. 566. vgl. Preuß. Ldrt. I. 12. §. 24. 25. I. 4. §. 31...33. Manche sind aber anderer Meinung. Puchta §. 472. 483. 484. erklärt die erzwungene Verfügung nur für rescissibel, ohne genau zu bestimmen, durch wen und wie? Eben so Seuffert §. 534. Damit stimmt jetzt auch Vang. (6. Aufl.) §. 431. überein, indem er speciell die gesetzlichen oder die in einem frühern gültigen Testament eingesetzten Erben als die durch den verübten Zwang unmittelbar beschädigten Personen bezeichnet, welchen regelmäßig die Anfechtung des erzwungenen Testaments durch restitutio, actio quod metus causa, exceptio metus zustehe, während derselbe früher mit Roßhirt, Vermächtnisse I. S. 337. fg. Sintenis §. 171. not. 53 b. u. a., wie auch jetzt noch Heimbach im Rtslex. X. S. 918., annahm, daß der Gegenstand der erzwungenen Disposition immer als Ereptitium an den Fiscus falle, ohne Anstoß zu nehmen an dem Resultat, daß darnach die Erbschaft des Gezwungenen, der gar kein Testament errichten wollte, dem Fiscus in den Schooß falle, und obwohl es an einem directen Beweise dafür fehlt: denn L. 2. §. 2. D. h. t. 29. 6. gibt ihn nicht (vgl. pr. §. 1. ibid.), trotz der L. 19. D. de his quae ut indign. 34. 9. Vang. a. a. O. Aber auch des letzten jetzige Meinung entbehrt jeder positiven Stütze. Das Edict über metus und die in integrum restitutio propter metum können nicht hierher bezogen werden, da beide nur auf Beseitigung einer dem Gezwungenen zugefügten Läsion gerichtet sind, von der hier keine Rede seyn kann, und die civilis disceptatio in L. 1. Cod. cit. ist gewiß eben so wenig auf jene Rechtsmittel als auf die Ereption durch den Fiscus zu beziehen, sondern wird am einfachsten von dem

[r] L. 6. 10. 11. 14. 15. D. de lege Cornelia de falsis et de senatusconsulto Liboniano. 48. 10. Cod. de his qui sibi adscribunt in testamento. 9. 23.

durch die gewöhnlichen Erbrechtsklagen herbeigeführten Streite über die Gültigkeit des Testaments verstanden. Der Streit ist jedoch nach dieser neuern Ansicht Vangerow's praktisch von geringer Erheblichkeit, da natürlich nur solche Personen, welche ein Interesse dabei haben, das Testament als nichtig anfechten werden. Uebrigens vgl. noch §. 520. Anm. 1. f.

3 „Die captirte Disposition für ungültig zu halten (Mühlenbruch a. a. O. B. 40. S. 221. fg.), ist ein Irrthum, der kaum den Schein eines Grundes für sich hat." Puchta §. 472. not. g. — Nach älterem R. R. war auch ungültig die letztwillige Verfügung, die wesentlich nur den Zweck der Bestrafung eines Andern hatte (poenae nomine relictum); nach Just. Recht ist sie gültig, wenn nur nicht die Unterlassung von etwas Unmöglichem oder Unsittlichem oder das Thun von rechtlich oder sittlich Gebotenem mit einem Nachtheil bedroht wird. L. un. Cod. de his quae poenae nomine in testamento vel codicillis relinquuntur. 6. 41. §. ult. J. de legat. 2. 20. cf. Dig. de his quae poenae causa relinquuntur. 34. 6.

4 Certum consilium debet esse testantis. Ulp. XXII. 4. Dies wird als Grund angeführt für den Satz des alten Rechts, daß eine incerta persona nicht eingesetzt werden könne. Gai. II. 238. Nach Justinianischem Recht ist dies möglich, sofern nur die jetzige Unbestimmtheit später beseitigt werden kann. §. 25...27. J. de legat. 2. 20. L. un. Cod. de incertis personis. 6. 48. (lex restituta). Vgl. Heimbach in Linde's Ztschr. n. F. V. 1. Dennoch (not. i. k.): L. 32. pr. D. de hered. instit. Illa institutio: *quos Titius voluerit*, ideo vitiosa est, quod alieno arbitrio permissa est; und L. 68. eod. Atquin si quis ita scripserit: *si Titius voluerit, Sempronius heres esto*, non valet institutio; obwohl sie gültig wäre sub hac conditione: *si Titius in Capitolium ascenderit.* Aber: L. 1. pr. D. 31. In arbitrium alterius conferri legatum veluti conditio potest; quid enim interest: *si Titius in Capitolium ascenderit*, mihi legetur, an: *si voluerit?* und L. 43. §. 2. D. 30. Legatum in aliena voluntate poni potest, in heredis non potest. L. 46. §. 2. D. 40. 5. Sed si ita adscriptum sit: *si Seius voluerit, Stichum liberum esse volo,* mihi videtur posse dici, valere libertatem, quia conditio potius est, quemadmodum si mihi legatum esset: *si Titius Capitolium ascenderit.* Ueber die Vereinigung dieser Stellen vgl. Vang. §. 432. Sav. III. S. 133. fg. Puchta §. 472. not. l. Sint. §. 171. not. 4. Mayer v. Legaten §. 31. Anm. 12. — Eine Aufhebung des römischen Rechtssatzes hat man finden wollen in cap. 13. X. de testam. 3. 26. Qui extremam voluntatem in alterius dispositionem committit, non videtur decedere intestatus. So wieder Mayer a. a. O. Anm. 13. S. dagegen Böhmer annot. ad. h. l. Vang. §. 432. a. E. Beseler in Reyscher's Ztschr. f. deutsches Recht IX. S. 146. fg. 192. fg. Heimbach im Rtslex. X. S. 908. fg. Vgl. übrigens öst. b. Gstzb. §. 564. „der Erblasser muß den Erben selbst einsetzen; er kann dessen Ernennung nicht dem Ausspruch eines Dritten überlassen." — Zuläßig ist es, unter mehreren alternativ bedachten Personen einem andern die Auswahl zu überlassen, bei deren Unterlassung dann alle gleichberechtigt sind. L. 24. D. de legat. II. Das einfache *ille aut ille* aber soll schlechthin copulativ *(ille et ille)* verstanden werden. L. 4. Cod. de V. S. 6. 38.

b) Von der Erbeinsetzung insbesondere [1].

§. 492.

α) Fähigkeit des eingesetzten Erben.

Zur Gültigkeit der Erbeinsetzung [a] ist testamenti factio (sog. t. f. passiva) des eingesetzten, die Fähigkeit eingesetzt zu werden, erforderlich [b], und zwar zur Zeit der Testamentserrichtung [c], während die Fähigkeit, aus dem Testament zu erwerben (capacitas) [2], nicht nothwendig schon in diesem Zeitpunkte vorausgesetzt wird [d]. Unfähig, eingesetzt zu werden, sind überhaupt erbunfähige Personen [3]. Zulässig ist die Einsetzung eines noch Ungebornen [e], Postumus [4]. Juristische Personen können eingesetzt werden, sofern sie als erbfähig anerkannt sind [f], und milde Stiftungen können durch Erbeinsetzung auch erst geschaffen werden [g].

Eine Beschränkung der Capacitas findet statt nach §. 417, 2. und für natürliche Kinder und deren Mutter [h], welchen zusammen vom Erzeuger nicht mehr als $^1/_{12}$ der Erbschaft, der Mutter allein nicht mehr als $^1/_{24}$, hinterlassen werden kann, wenn rechtmäßige Kinder vorhanden sind [5].

Anm. [1] Vgl. überhaupt Mühlenbruch in der Fortsetzung von Glück's Pand. Bd. 39. S. 116...470. Bd. 40. S. 1...247. Arndts, Art. Erbeinsetzung im Rtslex. III. S. 907...939.

[2] Ueber den Unterschied zwischen Testamentifactio und Capacitas s. Mühlenbruch Bd. 39. S. 117. fg. Vang. §. 429. Arndts a. a. O. S. 908. fg. Wichtige Fälle bloßer Incapacität bestanden im ältern Recht nach der Lex Julia et Papia Poppaea bei Ehe- und Kinderlosen, und nach der Lex Junia Norbana bei Latini Juniani; beide sind im Just. Recht antiquirt. In diesem kommt noch vor eine Incapacität der mulieres probrosae (L. 41. §. 1. D. de testam. mil. 29. 1. cf. L. 23. Cod. de nupt. 5. 4.) und der indigni (Dig. 34. 9.). — Auf die Capacität bezieht sich L. 62. pr. D. h. t. In tempus capiendae hereditatis institui heredem posse, benevolentiae est, veluti: *Lucius Titius quum capere potuerit, heres esto.* Idem et in legato. Mit Unrecht haben darauf Manche (Mühlenbruch S. 145. fg. Mayer Erbr. I. S. 45.)

[a] Inst. de heredibus instituendis. 2. 14. Dig. 28. 5. Cod. de heredibus instituendis et quae personae heredes institui non possunt. 6. 24. [b] Ulp. XXII. 1. 2. (§. 484.). [c] §. 4. J. de hered. qual. 2. 19. L. 49. §. 1. D. h. t. 28. 5. cf. L. 201. 210. D. de R. J. [d] L. 62. pr. D. h. t. cf. L. 51. pr. L. 52. D. de legat. II. Ulp. XVII. 1. XX. 3. 14. Gai. II. 111. 144. 286. [e] pr. J. de bon. poss. 3. 9. §. 28. J. de legat. II. 20. L. 6. D. de ventre in poss. mitt. 37. 9. L. 3. D. de b. p. s. t. 37. 11. [f] L. 8. 12. Cod. h. t. (cf. L. 1. §. 1. D. de libert. univ. 38. 3.). L. 1. 13. 22. 23. (46.) Cod. de ss. eccles. 1. 2. nov. 131. cap. 9. (§. 471.). [g] L. 24. 49. Cod. de episcop. et cler. 1. 3. nov. 131. cap. 11. cf. L. 28. Cod. l. c. §. 46. Anm. 4. [h] Nov. 89. cap. 12. §. 2. 3. cap. 13. cf. L. 2. 8. Cod. de natural. lib. 5. 27.

die Behauptung gegründet, es könne ein zur Zeit Unfähiger unter der Bedingung eingesetzt werden, wenn er später die Testamentifactio erlange. Arndts im Rh. Mus. V. S. 212. fg. im Rtslex. S. 910. — Privilegirt sind in Beziehung auf das fragliche Erforderniß einer gültigen Erbeinsetzung die Soldaten. L. 13. §. 2. D. de testam. mil. 29. 1. L. 5. Cod. eod. 6. 21.

3 Vgl. §. 471. Möglichkeit der Einsetzung von Sklaven, der eigenen des Testators mit testamentarischer Freilassung, oder fremder, deren Herr testamenti factio hatte: pr.…§. 3. J. h. t. 2. 14. cf. Gai. II. 185…189. Ulp. XXII. 7…13. — Nicht unfähig ist der intestabilis als solcher. L. 18. §. 1. L. 26. D. qui test. fac. 28. 1. vgl. §. 484. Anm. 2.

4 Ob nur ein Postumus, der Descendent des Testators ist? Heumann in Linde's Ztschr. XIX. 10. S. 331. 338. fg. Dagegen Mühlenbruch a. a. O. S. 378. fg. Heimbach in Linde's Ztschr. n. F. V. S. 15. fg. vgl. §. 491. not. f.

5 Im R. R. bezieht sich diese Bestimmung nur auf Concubinenkinder; ihre heutige Anwendbarkeit ist daher bestritten. Mühlenbruch a. a. O. S. 323. fg. Vang. §. 429. Anm. 1. „Allein die fragliche Beschränkung hat ihren Grund in der Verwerflichkeit des Concubinats (L. 8. Cod. 5. 27.); es wäre aber wahrlich sonderbar, jene nun für aufgehoben anzusehen, nachdem diese Verwerflichkeit durch die gesetzlich ausgesprochene Unerlaubtheit des Concubinats noch gesteigert worden. Mit Recht wird vielmehr von Andern sogar die Ausdehnung jener Beschränkung auf die spurii behauptet." Arndts im Rtslex. III. S. 917. vgl. §. 476. Puchta §. 471. not. d. Mayer I. S. 43. 44. Dagegen freilich wieder Vang. a. a. O. in d. 6. Aufl.). Seuffert's Arch. VIII. 68.

§. 493.

β) Form der Erbeinsetzung.

Die Erbeinsetzung erfordert eine Erklärung, welche den Willen des Erblassers, eine näher bezeichnete Person [a] zum Erben zu berufen, in beliebigem Ausdruck, aber hinreichend bestimmt, ausspricht [b], nicht blos vermuthungsweise errathen läßt [1]. Zur Bezeichnung des Erben kann, wie der Name, so auch ein anderes Kennzeichen dienen [c]. Auch kann der Testator auf eine andere Urkunde verweisen, worin der Erbe angegeben seyn werde [d], sog. institutio mystica [2] (testamentum mysticum). Die Erbeinsetzung sollte ihrem Wesen gemäß nur auf die Erbschaft schlechthin oder einen Bruchtheil derselben (sog. pars quota) gerichtet seyn. Hat jedoch der Erblasser diesem zuwider Jemanden zum Erben eingesetzt auf einen bestimmten Vermögens-Gegenstand oder Bestandtheil oder auf

a L 9. §. 9. D. h. t. 28. 5. b L 15. Cod. de testam. 6. 23 cf. L. 1. §. 5. 7. L. 48. pr. D. h. t. 28. 5. Gai. II. 116. 117. Ulp. XXI. c L. 9. §. 8. D. h. t. cf. §. 491. not. k…p. d L. 77. D. h. t. cf. L. 10. Cod. de cond. inst. 28. 7.

eine bestimmte Summe, so wird diese Verfügung in der Regel gleichwohl als wahre Erbeinsetzung aufrecht erhalten [e], als ob jene Beschränkung nicht hinzugefügt wäre [3]. Indessen wird doch auch dem darin enthaltenen beschränkenden Willen des Erblassers Folge gegeben, in so fern man darin ein dem so eingesetzten Erben auferlegtes Fideicommiß erkennt, sey es zu Gunsten der Intestaterben [f] oder der in einem frühern Testament eingesetzten Erben [g] oder der Miterben [h] oder auch bestimmter anderer Personen [4], wogegen dann jener den ihm bestimmten Gegenstand von diesen als Vermächtniß zurückempfängt, in gleicher Weise, als wenn Jemand zwar schlechthin zum Erben eingesetzt, aber mit bestimmten Vermögensgegenständen sich zu begnügen angewiesen ist [i]. Insbesondere wird, wenn neben anderen gehörig Eingesetzten Jemand in jener an sich ungehörigen Weise zum Erben ernannt ist, der letzte in Concurrenz mit den ersten von vornherein als bloßer Vermächtnißnehmer behandelt, als ob er denselben seinen Erbtheil sofort nach der Antretung als Universalfideicommiß restituirt hätte [k], während sich in andern Beziehungen seine Erbeseigenschaft allerdings noch geltend machen kann [5]. Ist umgekehrt Jemand mit Ausnahme eines gewissen Gegenstandes zum Erben eingesetzt, so gilt er durchaus als wirklicher Erbe, muß aber ebenfalls das dem erkennbaren Willen des Erblassers gemäß in jener beschränkenden Verfügung verborgene Vermächtniß anerkennen [l].

Anm. [1] Daher: in conditione positus non est in dispositione. L. 19. D. h. t. L. 16. §. 1. D. de vulg. subst. 28. 6., denen L. 85. D. h. t. nicht widerspricht. Mühlenbruch Bd. 40. S. 234. fg. Puchta §. 473. not. c. Jedoch anderer Meinung Vang. §. 449. Anm. 1. arg. L. 15. Cod. de testam. (not. b.).

[2] Streitig, ob diese auch bei mündlichem Testament zulässig? Weder L. 21. pr. D. qui test. fac. 28. 1. noch die NO. §. 8. steht dem entgegen. Arndts a. a. O. S. 919. not. 77.

[3] L. 1. §. 4. D. h. t. Si ex fundo fuisset aliquis solus institutus, valet institutio detracta fundi mentione. L. 9. §. 13. eod. Si duo sint heredes instituti, unus ex parte tertia fundi Corneliani, alter ex besse eiusdem fundi, Celsus expeditissimam Sabini sententiam sequitur, ut detracta fundi mentione quasi sine partibus heredes scripti hereditate

[e] L. 1. §. 4. L. 9. §. 13. L. 10. 11. D. h. t. L. 41. §. 8. D. de vulg. et pup. subst. 28. 6. L. 29. D. ad Sc. Treb. 36. 1. [f] arg. L. 69. pr. D. de legat. II. cf. §. 25. J. de legat. 2. 20. [g] L. 29. cit. §. 3. J. quib. mod. test. infirm. 2. 17. [h] L. 35. L. 78. pr. D. h. t. L. 17. pr. D. de test. mil. 29. 1. [i] L. 69. pr. cit. [k] L. 13. Cod. h. t. cf. L. 1. Cod. Greg. de fam. erc. 3. 6. [l] L. 74. D. h. t. L. 86. pr. D. de legat. II.

potirentur, si modo voluntas patrisfamilias manifestissime non refragatur. L. 29. D. ad Sc. Treb. „licet in eo (testamento) certarum rerum heres scriptus sit, perinde valere, ac si rerum mentio facta non esset." — Eine sehr gründliche und erschöpfende Bearbeitung dieser bisher sehr streitigen Lehre besitzen wir jetzt in folgendem Werke, das die ganze ältere Literatur darüber entbehrlich macht: Die heredis institutio ex re certa. Eine civilistische Abhandlung von Dr. Carl Neuner. Gießen 1853. (556. S.). Vgl. Vang. 6. Aufl. II. §. 449. Anm. 2. — Ein hierhergehöriger Fall ist auch der, wenn Jemand auf den Nießbrauch des Vermögens eingesetzt ist, worüber Neuner S. 548. fg. Vang. S. 185. fg. — Eine Ausnahme von der Regel (not. e.) kann durch den Willen des Erblassers begründet seyn, L. 9. §. 13. in f. D. h. t. §. 494. Anm. 1., und tritt insbesondere beim Soldatentestament ein. L. 6. 17. D. de test. mil. 29. vgl. §. 494. Anm. 4. Neuner S. 483...526.

4 Die Möglichkeit eines solchen Fideicommisses zu Gunsten irgend welcher vom Erblasser bestimmt bezeichneter Personen ist nach allgemeinen Grundsätzen unzweifelhaft; zu Gunsten der Miterben (not. h.) und der in früherem Testament Eingesetzten (not. g.) wird es als stillschweigend angeordnet angenommen; zu Gunsten der Intestaterben (schlechthin, nicht etwa bestimmter Personen, die zur Zeit die nächsten Intestaterben seyn würden, L. 69. pr. in nota f. cit.) war es nach älterem Recht seit Hadrian (Gai. II. §. 287.) unmöglich, weil jene incertae personae waren; nachdem aber im Justinianischen Recht Vermächtnisse an incertae personae für zulässig erklärt worden sind, wird man auch in der fraglichen Beschränkung des eingesetzten Erben ein Fideicommiß zu Gunsten der noch unbestimmten künftigen Intestaterben anzuerkennen nach Analogie von L. 69. pr. cit. meistens berechtigt seyn.

5 L. 13. Cod. h. t. (Justinian. a. 529.) Quoties certi quidem ex certa re scripti sunt heredes vel certis rebus pro sua institutione contenti esse iussi sunt, quos legatariorum loco haberi certum est, alii vero ex certa parte vel sine parte, qui pro veterum legum tenore ad certam unciarum institutionem referuntur, eos tantummodo omnibus hereditariis actionibus uti vel conveniri decernimus, qui ex certa parte vel sine parte scripti fuerint, nec aliquam deminutionem earumdem actionum occasione heredum ex certa re scriptorum fieri. Neuner S. 384. fg.

§. 494.

γ) Einsetzung mehrerer Erben.

Der Testator kann mehrere Erben ernennen, so viele ihm beliebt [a]. Bestimmt er nicht anders, so sind diese zu gleichen Theilen eingesetzt [b]. Dies gilt auch dann, wenn sie auf verschiedene Summen oder Sachen oder selbst verschiedene Theile derselben Sache eingesetzt sind [c], sofern nicht ein anderer Wille des Erblassers klar

a §. 4. J. h. t. 2. 14. b §. 6. J. eod. L. 9. §. 12. D. h. t. 28. 5. c L. 9. §. 13. L. 10 11. D. eod. cf. §. 493. not. e...l.

erkennbar ist, namentlich etwa die Absicht, in solcher Weise dennoch in der That nur das Verhältniß der Erbtheile zu bestimmen[1]. Er kann aber auch den einzelnen Erben beliebig die Erbtheile bestimmen[2], direkt[d] oder indirekt[e], auch stillschweigend durch die Art der Erbernennung[f], indem er mehrere im Gegensatz der übrigen zusammen ernennt[3], sowie auch ausdrücklich mehrere zu einem bestimmten Erbtheil vereinigt werden können[g]. Die festgesetzten Erbtheile vergrößern sich nach Verhältniß, wenn sie das Ganze nicht erschöpfen[4], vermindern sich, wenn sie dasselbe überschreiten[h]. Ist aber einem oder einigen Erben der Erbtheil bestimmt, andern nicht, so bekommen die letzten zu gleichen Theilen, was übrig ist[i], und wenn die den ersten angewiesenen Erbtheile das Ganze schon erschöpfen oder überschreiten, so werden diese auf $^1/_2$, nöthigenfalls auf $^1/_3$ u. s. w. herabgesetzt[5], um für die übrigen noch einen Resttheil zu gewinnen[k], es wären denn diese ausdrücklich nur „auf den Rest" eingesetzt, wo keiner mehr vorhanden ist[l].

[1] L. 10. D. h. t. Si alterius atque alterius fundi pro partibus quis heredes instituerit, perinde habebitur, quasi non adiectis partibus heredes scripti essent, nec enim facile ***sed diversitate pretium*** portiones inveniuntur; ergo expeditius est, quod Sabinus scribit, perinde habendum ac si nec fundum nec partes nominasset. So der Text der Florentina; aber Torelli bessert: *ex diversitate partium;* andere Handschriften haben: ***sed. div. praediorum***, und so liest Haloander: *ex diversitate praediorum.* Vgl. Neuner a. a. O. S. 135. fg. Dieser billigt die Torellische und bekämpft die von Mühlenbruch Bd. 40. S. 181. gebilligte Haloandrische Lesart: mit Unrecht; denn allerdings ist es die Verschiedenheit der beiden Ganzen, von denen Theile genannt sind, welche die Ermittelung entsprechender Erbtheile besonders schwierig macht. Bei der Erbeinsetzung auf Theile desselben Grundstücks ist diese leichter gegeben, und wird daher auch in L. 9. §. 13. in f. für diesen Fall eine darauf gerichtete Willensinterpretation vorbehalten. Vgl. §. 493. Anm. 3. Neuner S. 134.

[2] Die Römer nennen das Ganze As (daher heres ex asse der einzige Erbe), und theilen es in 12 unciae, deren mehrere vereinigt, von 2 bis 11 aufwärts, wie folgt, bezeichnet werden: sextans, quatrans, triens, quincunx, semis, septunx, bes, dodrans, dextans, deunx; semuncia = $^1/_2$ uncia = $^1/_{24}$; sescunx oder sescunica = $1^1/_2$ uncia = $^1/_8$. cf. §. 5. J. h. t. L. 13.

[d] L. 13. §. 1. eod. L. 47. §. 1. L. 81. pr. eod. [e] L. 2. 36. 81. §. 1. eod. L. 12. D. de b. p. c. t. 37. 11. [f] L. 11. 13. pr. L. 59. §. 2. D. h. t. cf. L. 66. eod. [g] L. 142. D. de V. S. L. 15. pr. D. h. t. [h] §. 5. 7. J. h. t. 2. 14. L. 13. §. 2...7. D. h. t. cf. L. 23. Cod. de legat. 6. 37. [i] §. 6. J. h. t. L. 17. pr. §. 1. D. eod. [k] §. 6. 8. J. h. t. L. 17. §. 3..5. L. 18. 20. §. 1. L. 87. D. eod. [l] L. 17. §. 3. L. 78. §. 3. L. 79. eod.

§. 1. L. 50. §. 2. D. h. t. Der Testator war aber an diese Eintheilung und Benennung keineswegs gebunden (not. d. e.).

[3] Z. B. *Titius una cum filiis et Sempronius heredes sunto* (L. 11. Cod. 6. 26.), oder *Primus et fratris mei filii heredes sunto*. L. 13. pr. D. h. t.). Anders erklärte man es, wenn gesagt war: *Primus et fratris mei filii aeque heredes sunto;* nam haec adiectio declarat, omnes ex virilibus partibus institutos:... qua detracta, semissem fratris filii, semissem Primus haberet. L. 13. pr. cit. cf. L. 66. eod. Vgl. Seuffert's Arch. VIII. 151. Arch. f. prakt. Rtsw. III. S. 479. fg. — Die zu einem gemeinschaftlichen Erbtheil Verbundenen (not. f. g.) heißen coniuncti, re coniuncti, und, wenn sie in derselben Satzverbindung ernannt sind, re et verbis coniuncti.

[4] Darnach gilt der einzige ernannte Erbe als heres ex asse institutus, wenn er auch ausdrücklich auf einen Theil oder auf bestimmte Sachen eingesetzt ist. L. 1. §. 4. D. h. t. L. 41. in f. D. de vulg. subst. 28. 6. — Der Grund davon liegt in der Regel des §. 470. Anm. 2. Daher auch eine Ausnahme bei Soldatentestamenten. L. 6. 17. pr. §. 1. D. de testam. mil. 29. 1. L. 1...3. Cod. eod. 6. 21.

[5] Die Römer nahmen hier einen Doppel-As an, von 24 (Halb-) Unzen, dupondius (darauf bezieht sich der Ausdruck in alium assem venire), und gingen nöthigenfalls zu einem dritten As über, so daß das Ganze in 36 (Drittel-) Unzen zerfiel u. s. w. (not. k.). Vgl. Arndts a. a. O. S. 921. fg.

§. 495.

δ) Nebenbestimmungen der Erbeinsetzung.

Die Wirksamkeit der Erbeinsetzung kann weder durch eine wahre Zeitbestimmung (§. 73.) aufgeschoben, noch auf eine gewisse Dauer beschränkt werden [1]. Eine Nebenbestimmung dieser Art wird als nicht beigefügt angesehen [a], ausgenommen in Soldatentestamenten [b]. Allgemein zuläßig ist es dagegen, die Erbeinsetzung von einer (Suspensiv-) Bedingung abhängig zu machen [c]; nur die unmögliche oder unsittliche Bedingung gilt für nicht geschrieben [d]. Die Erfüllung der Bedingung [2] kann in der Regel sowohl bei Lebzeiten des Testators als nach dessen Tode [e], muß aber jedenfalls noch bei Lebzeiten des Eingesetzten geschehen [f], damit die Erbeinsetzung als unbedingte wirksam werde. Besteht die Bedingung in einer willkürlich zu wiederholenden Handlung des Eingesetzten,

[a] §. 9. J. h. t. 2. 14. L. 34. D. eod. 28. 5. L. 88. eod. [b] L. 15. §. 4. L. 41. pr. D. de testam. mil. 29. 1. [c] Dig. de conditionibus institutionum. 28. 7. [d] §. 10. J. l. c. L. 1. 6. 9. 14. 15. D. l. c. L. 45. D. de hered. instit. 28. 5. cf. L. 6. §. 1. D. de cond. et dem. 35. 1. §. 72. Anm. 2...5. [e] L. 2. 91. D. de cond. et dem. 35. 1. cf. L. 10. pr. L. 19. pr. eod. L. 10. §. 1. L. 11. eod. [f] L. un. §. 7. Cod. de cad. toll. 6. 51. cf. L. 59. 101. D. l. c. L. 28. D. h. t. 28. 5.

so muß diese in der Regel nach dem Tode des Testators und mit Rücksicht auf dessen Willen vorgenommen werden [g].

Ist die Bedingung beim Tode des Erblassers noch schwebend, so wird die Delation der Erbschaft noch aufgeschoben. Allein der Eingesetzte kann einstweilen schon bonorum possessio erlangen [h], muß aber Caution leisten wegen Restitution der Erbschaft, falls die Erfüllung der Bedingung ausbliebe [i]. Bei einer negativen Protestativbedingung insbesondere kann der Eingesetzte durch Leistung der zunächst für Legatarien eingeführten Mucianischen Caution [k] den Zutritt zur Erbschaft gewinnen [3]. Auch ein Modus (§. 74.) kann der Erbeinsetzung hinzugefügt, und zu dessen Erfüllung der Erbe theils indirect vom Testator selbst durch Androhung einer Strafe [l], theils von demjenigen, dessen Vortheil die Auflage bezweckt [m], theils von Miterben [n], und nöthigenfalls durch obrigkeitliches Einschreiten [o] angehalten werden. Als Modus aber wird es auch behandelt, wenn die Einsetzung an die Bedingung geknüpft ist, eidlich eine gewisse Leistung zu versprechen [p].

Anm. [1] Demnach ist eine Resolutivbedingung unzulässig. §. 68. Anm. 3. Man hat behauptet, dieselbe sey in die entgegengesetzte Suspensivbedingung zu verwandeln: arg. L. 10. 14. D. de adim. leg. 34. 4. L. 107. D. de cond. et dem. 35. 1. L. 6. pr. D. quando dies. 36. 2. Wening-Ingenheim im civ. Arch. I. 9. Zimmern das. VII. 7. Dagegen Thibaut das. V. 13. VII. 19. Mühlenbruch Bd. 40. S. 190. fg. Vang. §. 434. Anm. 1.

[2] Vgl. §. 69. Nach besonderer Bestimmung kann die Erfüllung der Bedingung, wenn der Eingesetzte Kinder haben werde, durch das solenne Gelübde der Keuschheit ersetzt werden. L. 53. §. 2. D. de episcop. 1. 3. — Ist die Erbeinsetzung alternativ bedingt, so braucht nur die eine oder die andere Thatsache einzutreten, damit die Erbeinsetzung vollständig wirksam werde. §. 11. J. h. t. 2. 14. L. 5. D. h. t. 28. 7. L. 78. §. 1. D. de cond. et dem. 35. 1. Eben so, wenn Jemand mehrmals unter verschiedenen Bedingungen, nicht auf verschiedene Erbtheile eingesetzt ist. L. 27. §. 1. 2. L. 59. §. 6. L. 67. D. de hered. instit. 28. 5. L. 17. D. de cond. instit. 28. 7. Für den Fall, daß einem Haupterben unter alternativer Bedingung ein anderer beigefügt (abjicirt) wird, ist anderer Meinung Huschke in Linde's Ztschr. XII. S. 393. fg. XV. S. 261. fg. Dagegen Arndts das. XIII. S. 297. fg. XIX. S. 370. fg.

[g] L. 2. 11. §. 1. D. de cond. et dem. 35. 1. [h] L. 5. pr. 6. 20. 12. D. de b. p. s. t. 37. 11. cf. L. 3. §. 13. D. de b. p. c. t. 37. 4. L. 23. §. 1. D. de hered. instit. 28. 5. [i] L. 12. D. qui satisd. cog. 2. 8. L. 8. D. de stip. praet. 46. 5. cf. L. 1. §. 7. D. ad Sc. Tertull. 38. 17. nov. 22. cap. 44. §. 9. [k] L. 7. pr. 18. D. de cond. et dem. 35. 1. cf. L. 72. §. 2. L. 73. 79. 101. § 3. L. 106. eod. [l] L. 6. pr. L. 27. D. l. c. [m] L. 2. Cod. de his quae sub modo. 6. 45. §. 36. J. de legat. 2. 20. [n] L. 18. §. 2. L. 44. in f. D. fam. erc. 10. 2. L. 7. D. de annuis. 33. 1. [o] L. 7. cit. L. 50. §. 1. D. de her. pet. 5. 3. [p] L. 8. D. h. t. 28. 7. cf. §. 72. Anm. 5.

3 Anspruch auf die Cautionsleistung haben Substituten, Miterben, Intestaterben. Das letzte wird (mit Ausnahme eines durch nov. 22. cap. 44. speciell entschiedenen Falles) von Manchen geläugnet und behauptet, die Einsetzung eines einzigen Erben unter negativer Potestativbedingung sey, wenigstens wenn auch kein Substitut ernannt worden, als unbedingte anzusehen. arg. L. 4. §. 1. D. h. t. 28. 7. Idem Julianus scribit, eum, qui ita heres institutus est: *si servum hereditarium non alienaverit,* caventem coheredi implere conditionem; ceterum si solus heres scriptus sit, sub impossibili conditione scriptum videri: quae sententia vera est. L. 7. §. 1. D. de cond. et dem. 35. 1. Vang. §. 436. (6. Aufl. II. S. 153. fg.). Dagegen Arndts Beitr. I. S. 187. fg. und im Rtslex. III. S. 930.. 934. Doch wird die Meinung Vangerow's, so viel das R. R. angeht, wieder vertheidigt von Vering. comm. ad L. 4. §. 1. D. de cond. instit. Heidelbergae 1856, und zwar, übereinstimmend mit Böcking Inst. II. S. 189., mit Rücksicht auf den Grundsatz des §. 470. Anm. 2.; nach deutschem Rechte aber soll die Beschränkung auf Miterben und Substituten weggefallen seyn. Ich kann diesen neuen Erklärungsversuch nicht befriedigend finden.

ε) Substitutionen [a].

§. 496.

aa) Vulgarsubstitution [b].

Der Erblasser kann verschiedene Grade der Erbeinsetzung machen [c], d. h. mehrere Personen nach einander zu Erben ernennen, so daß die Erbeinsetzung der einen nur für den Fall gelten soll, wenn eine andere vorgehend berufene nicht Erbe werde. Eine Erbeinsetzung unter solcher Bedingung (si alius institutus heres non erit) heißt Vulgarsubstitution [1]. Vermöge derselben wird die Erbschaft erst dann deferirt [d], wenn entschieden ist, daß der vorgehende, weil er nicht will oder nicht kann [2], nicht Erbe werde [e], noch auch vermöge seiner Erbeinsetzung durch ihn oder anstatt seiner ein anderer [f] die Erbschaft erwerbe [3]. Doch kann er als bedingt Eingesetzter auch inzwischen schon bonorum possessio erlangen [g], wenn sie der vorgehende nicht rechtzeitig agnoscirt. Wer mehreren Miterben gemeinschaftlich substituirt ist, wird erst dann berufen, wenn keiner von jenen erbt [h]; ebenso wer einem Substituten substituirt ist, dann, wenn alle vorgehenden weggefallen sind [i]. Wer aber einem Substituten, der außerdem noch instituirt ist, substituirt ist [4],

[a] Dig. de vulgari et pupillari substitutione. 28. 6. Cod. de impuberum et aliis substitutionibus. 6. 26. [b] Inst. de vulgari substitutione. 2. 15. [c] L. 36. D. h. t. 28. 6. pr. J. h. t. 2. 15. [d] L. 9. D. de suis. 38. 16. [e] L. 3. Cod. de hered. instit. 6. 24. [f] §. 4. J. h. t. L. 40. D. de hered. instit. 28. 5. [g] §. 495. not. h. [h] cf. L. 42. D. h. t. 28. 6. [i] § 1. J. h. t. L. 36. pr. §. 1. D. h. t.

kann der Regel nach in beiden Beziehungen an dessen Stelle treten [k]. Auch Eingesetzte können einem andern Eingesetzten und alle einander gegenseitig [5] substituirt werden [l]; sie erben dann als Substituten im Zweifel nach demselben Verhältniß, wie als Instituti [m]; wenn ihnen aber noch ein anderer Nichteingesetzter beigefügt ist, so wird für diesen vorerst ein Kopftheil der Substitutionsportion ausgeschieden [n]. Uebrigens gilt von der Substitution, was von der Erbeinsetzung überhaupt (§. 492 . . . 495.).

Anm. [1] Vgl. überhaupt Mühlenbruch a. a. O. Bd. 40. S. 248. fg. Arndts Rtslex. X. S. 654...674.

[2] Man bezeichnet diese beiden Fälle durch die barbarischen Ausdrücke: casus noluntatis und casus impotentiae. Durch den Willen des Testators kann die Substitution auch wohl nur auf einen dieser Fälle, und selbst auf einen noch specieller bestimmten Fall des Nichterbens beschränkt werden, aber auch ungeachtet einer solchen Beschränkung in der Willenserklärung dennoch der Wille auf beide Fälle gerichtet seyn. Mühlenbruch S. 301. fg.

[3] §. 4. J. h. t. Illa enim verba: *si heres non erit*, in eo quidem, quem alieno iuri subiectum esse testator scit, sic accipiuntur: *si neque ipse heres erit, neque alium heredem effecerit;* in eo vero, quem patremfamilias esse arbitratur, illud significant: *si hereditatem sibi vel ei, cuius iuri postea subiectus esse coeperit*, *non adquisierit.* vgl. 506. 512. Wenn der Testator den Eingesetzten irrthümlich für sui iuris gehalten hat, und dadurch nun seinem Gewalthaber die Erbschaft zukommt, so wird eine Theilung derselben zwischen diesem und dem Substituten angenommen. §. 4. J. cit. cf. Theophil. ad h. l. L. 40. 41. D. de hered. instit. Ueber die streitige Erklärung dieser Stellen: Huschke in Linde's Ztschr. XII. 11. XV. 11. 12. Dagegen Arndts das. XIII. 12. XIX. 11.

[4] Sowohl auf diesen Fall als auf den in not. i. bezieht man die Regel: Substitutus substituto censetur esse substitutus instituto; für den Fall in not. k. aber sagt man wohl auch genauer: Substitutus substituto instituto substitutus huic quoque censetur qua instituto.

[5] Man nennt dies substitutio reciproca oder mutua (cf. L. 64. D. de legat. II.), und wenn es in einem Satze durch einen allgemeinen Ausdruck geschieht *(„eosque invicem substituo“)*, substitutio breviloqua oder compendiosa (cf. L. 8. Cod. h. t. 6. 26.). Coniuncti sind dabei zunächst nur unter sich für gegenseitig substituirt anzusehen. L. 41. §. 4. D. h. t. §. 494. Anm. 2.

bb) Pupillarsubstitution [a].

§. 497.

Kraft der väterlichen Gewalt kann der Vater [1] seinem Kinde Erben ernennen, auf den Fall, daß es durch seinen Tod sui iuris

[k] §. 3. J. h. t. L. 27. 41. pr. D. h. t. [l] §. 1. J. h. t. L. 4. §. 2. L. 23. D. h. t. [m] §. 2. J. h. t. L. 24. 41. §. 1. 4. D. h. t. cf. L. 5. Cod. h. t. [n] L. 32. D. h. t.
[a] Inst. de pupillari substitutione. 2. 16.

wird [b], und noch in der Unmündigkeit stirbt [c], entweder in seinem oder auch in besonderem Testament [d], aber vorausgesetzt, daß er auch für sich ein Testament errichtet habe [2]. Eine solche Erbernennung heißt Pupillarsubstitution. Obwohl geltend als Theil oder Anhang des väterlichen Testaments [e], betrifft sie doch die Beerbung des Kindes [3]. Der Pupillarsubstitut ist als solcher nicht zu des Vaters, sondern zu des Kindes Erbschaft eingesetzt, erhält aber in dieser auch jene, wenn das Kind Erbe des Vaters ist [f]. Der Pupillarsubstitut kann zugleich Vulgarsubstitut des eingesetzten Kindes in Ansehung der väterlichen Erbschaft seyn [g], und ist sogar im Zweifel die Pupillarsubstitution zugleich als Vulgarsubstitution zu verstehen [h] und umgekehrt [4]. Der Pupillarsubstitut kann auch zugleich (primo gradu) zum Erben des Vaters eingesetzt seyn, und so können alle Testamentserben des Vaters auch zu des Kindes Erben eingesetzt seyn, wornach sie im Zweifel dieses nach demselben Theilungsverhältniß beerben, wie jenen [i]. Der als Miterbe des Kindes eingesetzte Pupillarsubstitut wird aber durch Ablehnung der väterlichen Erbschaft auch von der Pupillarerbschaft ausgeschlossen, die in jene ganz oder zum Theil übergegangen ist [k]; dagegen wird ihm und seinen Erben die Pupillarerbschaft eintretenden Falles von selbst erworben [5], wenn er jene angenommen hat [l]. Bei der Pupillarsubstitution kann auch wieder eine Vulgarsubstitution vorkommen [m]; aber der Pupillarsubstitut eines Kindes, das selbst Pupillarsubstitut eines andern ist, gilt deshalb nicht auch als Pupillarsubstitut des letzten [n].

Anm. [1] Nicht die Mutter; cf. L. 33. pr. D. h. t.; nicht dem emancipirten Kinde; wovon jedoch eine Ausnahme bei Soldaten, L. 41. §. 4. D. de test. mil. 29. 1.; nicht über die Jahre der Mündigkeit hinaus; L. 14. D. h. t. (Ausnahme bei Soldaten: L. 15. D. h. t.), aber wohl mit Beschränkung auf kürzere Zeit, L. 21. cod.

[2] Auch bei gleichzeitiger Errichtung kann die Pupillarsubstitution in einer besondern Urkunde (pupillares tabulae) angeordnet werden. Dies kann aber auch

[b] L. 2. pr. 33. §. 1. L. 41. §. 2. D. h. t. 28. 6. [c] L. 7. 14. 21. eod cf. §. 9. J. h. t. 2. 16. [d] L. 1. §. 3. L. 2. §. 1. 4...7. L. 16. §. 1. L. 20. D. eod §. 3. J. h. t. cf. L. 8. D. test. quemadm. aper. 29. 3. [e] §. 5. J. h. t. [f] L. 10. §. 2. 3. 5. D. h. t. [g] L. 1. §. 1. eod. [h] L. 4. pr. §. 1. eod. cf. α) L. 4. §. 2. L. 45. eod. L. 2. Cod. h. t. 6. 26. β) L. 4. Cod. eod. γ) L. 9. Cod. de inst. et subst. 6. 25. [i] L. 8. 10. pr. D. h. t. §. 7. J. h. t. L. 11. Cod. h. t. [k] L. 10. §. 3. D. h. t. cf. L. 12. eod. L. 40. 41. D. de acquir. hered. 29. 2. L. 27. §. 2. D. ad Sc. Trebell. 36. 1. [l] L. 20. Cod. de iure delib. 6. 30. L. 59. D. de acquir. hered. 29. 2. [m] L. 13. D. h. t. L. 25. eod. [n] L. 47. D. eod.

bezüglich einer bloßen Vulgarsubstitution geschehen. L. 33. pr. D. h. t. (Anm. 1.) Ceterum, si ante filio, deinde sibi testamentum faciat, non valere. L. 2. §. 4. eod. — Ausnahme bei Soldaten: L. 2. §. 1. eod. cf. §. 470.

3 L. 2. §. 4. eod. Constat enim unum esse testamentum, licet duae sint hereditates. §. 2. J. h. t. Duo quodammodo sunt testamenta, alterum patris, alterum filii, tanquam si ipse filius sibi heredem instituisset; aut certe unum est testamentum duarum causarum, id est, duarum hereditatum. — Beschränkung der Beerbung des Pupillen, dem der Arrogator pupillariter substituirt; L. 10. §. 6. D. h. t. L. 22. §. 1. D. de adopt. 1. 7. cf. §. 424. not. g.

4 Die Vereinigung beider Arten der Substitution heißt duplex substitutio. L. 1. §. 1. D. h. t. Heredis substitutio (aut) duplex est aut simplex. (Simplex est) veluti: *Lucius Titius heres esto; si mihi Lucius Titius heres non erit, tunc Seius heres mihi esto.* (Duplex veluti: *Filius mihi heres esto); si heres non erit, sive erit et intra pubertatem decesserit, tunc Gaius Seius heres mihi esto.* Ueber den Text vgl. Savigny Gesch. d. R. R. im MA. III. S. 457. 2. Aufl. — Die vulgaris s. heißt auch s. in primum casum, die pupillaris s. in secundum casum. Die letzte hat den Namen Substitution überhaupt nur mit Rücksicht auf den gewöhnlichen Fall erhalten, wo das Kind zuerst Erbe des Vaters wird, und so denn mittelbar auch der Substitut. cf. L. 1. §. 1. cit. L. 8. §. 1. D. de b. p. s. t. 37. 11. Cic. de invent. II. 42. „*si filius ante moritur, quam in tutelam suam venerit, tu mihi secundus heres esto.*“ — Ueber die sog. s. vulgaris und pupillaris tacita (not. h.) vgl. Mühlenbruch Bd. 40. S. 269. fg. Vang. §. 451. Mit Unrecht hat man die erste bestritten, die gerade den stärkern innern Grund für sich hat und schon zu Cicero's Zeit in einem berühmtgewordenen Proceß anerkannt war. Cic. l. c. de Orat. I. 39. II. 32. Brut. cap. 52. 53. Ueber die Stärke der fraglichen Präsumtion vgl. Fuchs im civ. Arch. XXXVIII. 13. und Elvers im Arch. f. prakt. Rtsw. IV. 1., welche in Beziehung auf denselben Rechtsfall entgegengesetzte Entscheidungen vertheidigen, sodann darüber und insbesondere über die Ausnahmen von der Regel (not. h. $\alpha \ldots \gamma$.). H. Pernice im Jahrb. des gem. d. Rechts I. 7.

5 Streitig, ob auch dieses nur auf den Fall zu beschränken sey, wenn auch der Pupill Erbe des Vaters geworden ist? Vgl. Warnkönig in Linde's Ztschr. XVIII. 10. A. M. Mühlenbruch Bd. 40. S. 432. fg. Vang. §. 454.

§. 498.

Die Pupillarsubstitution erlischt 1) wenn das Kind vor dem Vater stirbt oder sonst bei dessen Lebzeiten aus der väterlichen Gewalt tritt [a], 2) wenn es durch den Tod des Testators in die Gewalt eines Andern kommt [b]; geschieht dies erst später, durch Arrogation, so kann der Pupillarsubstitut immer noch das Vermögen,

a L. 41. §. 2. D. h. t. 28. 6. b L. 2. pr. eod. §. 497. not. b.

welches der Pupill ohne die Arrogation hatte, in Anspruch nehmen [c]; 3) wenn das Kind mündig wird [d] oder die angegebene jüngere Altersstufe innerhalb der Unmündigkeit erreicht [e]; 4) wenn das Testament des Vaters seine Gültigkeit verliert [f].

Uebrigens finden auf die Pupillarsubstitution die allgemeinen Regeln von der Erbeinsetzung Anwendung.

§. 499.

cc) Quasipupillarsubstitution.

Durch besondere Erlaubniß des Regenten kann dem Vater gestattet werden, auch für sein mündiges Kind, das wegen eines natürlichen Hindernisses letztwillig zu verfügen unfähig ist, gleichwie dem Pupillen, Erben zu ernennen, was denn aber nur für den Fall gilt, daß dasselbe stirbt, ohne jene Fähigkeit erlangt oder ein Kind als Notherben erhalten zu haben [a]. Durch Rechtsregel aber ist den Ascendenten überhaupt, nicht blos dem Vater, gestattet, ihrem wahnsinnigen Descendenten, indem sie ihm wenigstens den Pflichttheil hinterlassen, Erben zu ernennen für den Fall, daß er im Wahnsinn stirbt, wobei aber zunächst die Kinder desselben, oder, wenn solche nicht vorhanden sind, andere Descendenten des Testators zu berücksichtigen sind [b]. Diese sogenannte Quasipupillarsubstitution erlischt, gleichwie die wahre Pupillarsubstitution durch Mündigkeit des Kindes, dadurch, daß der Descendent fähig wird, selbst ein Testament zu errichten.

Anm. Die L. 9. Cod. h. t. (not. b.) hat endlosen Meinungsstreit hervorgerufen. Vor allem ist streitig, ob Justinian ein wahres Analogon der Pupillarsubstitution einführen, und nicht vielmehr blos eine fideicommissarische Substitution bezüglich des dem wahnsinnigen Descendenten hinterlassenen Gutes gestatten wollte? Das letzte behaupten Unterholzner im civ. Arch. II. 5. Löhr das. V. 3. IX. 7. Puchta §. 479. Vang. §. 456. u. a.; wogegen Thibaut im civ. Arch. V. 13. X. 10. Mühlenbruch Bd. 40. S. 475. fg. Bd. 41. S. 1. fg. Francke im Recht der Notherben S. 463. fg. Düffer ad const. 9. Cod. de impub. et al. subst. Halis 1848. u. a. das erste vertheidigen, das auch Puchta

[c] L. 17. §. 1 ... L. 20. D. de adopt. 1. 7. L. 40. D. h. t. [d] L. 14. D. h. t. §. 8. J. h. t. cf. §. 497. Anm. 1. [e] L. 21. 38. §. 1. L. 43. §. 1. D. eod. [f] L. 2. §. 1. L. 10. §. 4. L. 16. §. 1. eod. cf. α) L. 34. §. 2. L 35. eod. β) L. 8. §. 5. D. de inoff. test. 5. 2. γ) nov. 115. cap. 3. 4. in f. δ) L. 41. §. 5. D. de test. mil. 29. 1. ε) L. 2. §. 1. in f. D. h. t.

[a] L. 43. pr. D. h. t. 28. 6. [b] L. 9. Cod. h. t. 6. 26. (Justinian. a. 528.) §. 1. J. de pup. subst. 2. 16. cf. L. 7. §. 1. 8. Cod. de cur. fur. 5. 70.

§. 479. als durch Usualinterpretation festgestellten Rechtssatz anerkennt. Vgl. Puchta's Gewohnheitsrt. II. S. 68. fg. Rudorff zu Puchta's Vorles. II. §. 479. Anm. 4. Nach dieser Ansicht aber ist noch streitig: a) ob der Ascendent auch für sich selbst Erben ernennen müsse? b) welche Personen er substituiren müsse? und besonders c) was Rechtens sey, wenn mehrere Ascendenten mit einander concurriren?, worüber noch vgl. Haimberger im civ. Arch. XII. 13. — Ein unerquickliches Beispiel der Folgen sorgloser Gesetzesabfassung!

§. 500.

5) Gemeinschaftliche und wechselseitige Testamente.

Mehrere können gemeinschaftlich in einem Act, insbesondere schriftlich in einer Urkunde, ein Testament errichten (sog. testamentum simultaneum), insofern sie sich einander gegenseitig auf den Todesfall bedenken, was besonders unter Ehegatten häufig vorkommt. Es sind darin in der That mehrere Testamente enthalten (sog. testamenta reciproca oder mutua), deren jedes über die besondere Erbschaft je des einzelnen Erblassers verfügt, übrigens auch sonst noch andere letztwillige Bestimmungen enthalten kann. In der Regel ist bei solchen Testamenten als Absicht der Testatoren anzunehmen, daß das Testament jedes einzelnen nur in dem Falle bestehen bleiben solle, wenn auch das entsprechende Testament des andern aufrecht erhalten wird; die wechselseitigen Testamente sind im Zweifel für sog. testamenta correspectiva zu halten.

Anm. Die formelle Zulässigkeit gemeinschaftlicher Testamente, sofern sie nicht als ganz formlose gültig sind (cf. L. 19. Cod. de pact. 2. 3.), ist nach R. R. zweifelhaft. Eine Bestimmung, welche ein gemeinschaftliches testamentum principi oblatum für gültig erklärte (nov. Valent. XX. 1. §. 1.), ist ins Justinianische Recht nicht übergegangen. Sie sind aber in der Praxis als wechselseitige Testamente entschieden zugelassen. Daß die Testatoren einander wechselseitig zu Erben einsetzen, ist nicht schlechthin nothwendig; Ehegatten können z. B. auch nur die Kinder zu Erben einsetzen, einer dem andern aber den Nießbrauch seines Vermögens vermachen. Vgl. übrigens Hasse im Rh. Mus. III. S. 239. fg. S. 490. fg. Mühlenbruch a. a. O. Bd. 35. S. 60. fg. Bd. 38. S. 218. fg. Volley, Beitrag zur L. v. den correspectiven Testamenten der Eheleute. Stuttg. 1846. Zimmermann in Schäffer's Arch. I. 19. Heimbach im Rtslex. X. S. 889. fg. Seuffert's Arch. I. 93. 94. II. 72. 204. IV. 64. VI. 221. VII. 200. VIII. 150. IX. 180.

6) Aufhebung des Testaments [a].

a) Durch den Willen des Testators.

§. 501.

Ein Testament, sowie jede einzelne darin enthaltene Verfügung kann durch den Willen des Testators jederzeit wieder aufgehoben werden [1]. Die Möglichkeit solchen Widerrufs kann dem Testator weder durch eigene einseitige Verfügung noch durch Vertrag entzogen oder beschränkt werden [2]. Auch ein wechselseitiges Testament kann jeder Testator einseitig wieder aufheben, sowohl nach als vor dem Tode des anderen Testators, selbst dann noch, wenn er die Erbschaft des letzten nach dessen Testament bereits angenommen hat. Aber sofern das Testament ein correspectives war, wird freilich durch die Widerrufung des einen auch das andere aufgehoben, und müssen denn auch die Wirkungen des gemäß diesem schon eingetretenen Erbschaftserwerbes wieder rückgängig gemacht werden [3]. Nach heutigem Rechte kann indessen der Inhalt eines Testaments ganz oder zum Theil zum Inhalt eines Erbvertrags gemacht und so denn allerdings die Entkräftung desselben durch einseitige Willkür des Testators ausgeschlossen werden.

Anm. [1] L. 4. D. de adimendis legat. 34. 4. Ambulatoria enim est voluntas defuncti usque ad vitae supremum exitum. cf. L. 32. §. 3. D. de donat. int. v. et u. 24. 1. — L. 6. Cod. qui test. fac. 6. 22. Si quis imperatorem forte heredem instituerit, habeat mutandi iudicii facultatem, et quemcunque voluerit secundum leges in testamento suo heredem scribendi.

[2] L. 22. pr. D. de legat. III. Nemo enim eam sibi potest legem dicere, ut a priore ei recedere non liceat. Also unwirksam die sog. clausula derogatoria; nicht minder eine Beschränkung rücksichtlich der Form abändernder Verfügungen, L. 6. §. 2. D. de iure cod. 29. 7. Cf. L. 52. §. 9. D. pro soc. 17. 2. Nec libertatem de supremis iudiciis constringere quis poterit.

[3] Gegen die Behauptung, daß das wechselseitige Testament durch Antretung der Erbschaft des erstverstorbenen Testators für den Ueberlebenden unwiderruflich werde, sofern es noch Verfügungen zu Gunsten dritter Personen enthält (Mühlenbruch a. a. O. Bd. 38. S. 237. fg.): vgl. Hasse im Rh. Mus. III. S. 491. fg. 541. fg. Deiters de dispositionibus hereditariis simultaneis. Bonnae 1837. Zimmermann a. a. O.; vgl. jedoch Seuffert's Arch. IX. 180. X. 184.

[a] Inst. quibus modis testamenta infirmantur. 2. 17.

§. 502.

Der Widerruf des Testaments kann erklärt werden 1) durch absichtliche Zerstörung der Testamentsurkunde (Zerreißen, Zerschneiden u. dgl.) oder Ausmerzung der Erbeinsetzungen[1], der Widerruf einzelner Verfügungen ebenso durch deren Austilgung[a]; 2) durch Erklärung dieses Willens zu gerichtlichem Protokoll oder vor drei Zeugen[b], welche jedoch das Testament nur aufhebt, wenn hinzukommt, daß seit dessen Errichtung zehn Jahre verflossen sind[2]; 3) durch Errichtung eines gültigen neuen Testaments[c], wodurch von selbst das frühere aufgehoben wird[3], wenn auch das neue später seine Gültigkeit verliert.

Anm. [1] Unabsichtliche Tilgung hebt die rechtliche Existenz der Verfügung nicht auf: quoniam si totum testamentum non extat, constat, valere omnia, quae in eo scripta sunt (L. 1. §. 3. D. h. t. 28. 4.). Jedoch §. 2. ibid: Sed si legi non possunt, quae inconsulto deleta sunt, dicendum est, non deberi; sed hoc ita demum si ante consummationem testamenti factum est. Mühlenbruch Bd. 39. S. 79. fg.

[2] Nicht erforderlich ist der Ablauf der 10 Jahre zur Zeit des Widerrufs, nicht genügend der solenne Widerruf allein. Jedoch: L. 15. §. 1. D. de testam. mil. 29. 1. Sicut autem hereditatem miles nuda voluntate dare potest, ita et adimere potest.

[3] Posteriore testamento, quod iure perfectum est, rumpitur superius (§. 2. J. h. t.). Regel ist nämlich, daß zwei Testamente nicht nebeneinander bestehen können. Jedoch: a) Ausnahme für Soldaten. L. 19. D. de testam. mil. 29. 1. b) Bonorum possessio aus zwei gleichzeitigen Testamenten. L. 1. §. 6. D. de b. p. s. t. 37. 11. Ob auch aus verschiedenen Testamenten von ungewissem Alter? Mühlenbruch Bd. 38. S. 486. fg. c) Bon. poss. aus dem frühern Testament, wenn der Testator das spätere, in der deutlich erklärten Absicht, jenes wieder gelten zu lassen, zerstört hat. L. 11. §. 2. D. l. c. (Streitig, ob diese b. p. cum re sey? Vang. §. 458. 460.). d) Das frühere Testament wird, nebst den Vermächtnissen des spätern, aufrecht erhalten, wenn der Testator nur wegen irriger Voraussetzung des Todes des darin eingesetzten Erben ein neues gemacht hat. L. 92. D. de hered. instit. 28. 5. e) Das erste Testament gilt als Codicill, wenn der Testator im zweiten erklärt hat, daß es bestehen bleiben solle, und eine solche Willenserklärung wird als stillschweigende auch darin gefunden, daß die Erbeinsetzung im spätern Testament auf einen bestimmten Gegenstand beschränkt (institutio ex re certa) ist. §. 3. J. h. t. 2. 17. §. 493. not. g. Anm. 3. Neuner a. a. O. S. 74. fg. Dagegen jedoch

[a] Dig. de his quae in testamento delentur inducuntur vel inscribuntur. 28. 4. L. 2. §. 7. L. 8. §. 3. D. de b. p. s. t. 37. 11. L. 1. §. 8. D. si tab. test. 38. 6. cf. L. 20. D. de iniusto test. 28. 3. L. 30. Cod. de testam. 6. 23. [b] L. 27. Cod. de testam. 6. 23. cf. L. 6. Theod. Cod. de testam. 4. 4. [c] §. 2. 3. 7. J. h. t. 2. 17. cf. L. 11. 16. D. de iniusto test. 28. 3. L. 7. D. de lib. et post. 28. 2.

Vang. 6. Aufl. II. S. 238. — Uebrigens soll auch ein unvollendetes Testament, worin die in dem frühern übergegangenen Intestaterben eingesetzt sind, das letzte aufheben und als Intestatcodicill gelten. L. 21. §. 3. Cod. de testam. 6. 23. L. 2. D. de iniusto testam. 28. 3. Vang. §. 460. Abweichende Ansichten darüber s. bei Mühlenbruch Bd. 38. S. 365. fg. vgl. Heimbach im Rtslex. X. S. 952. fg.

§. 503.

b) Aus andern Gründen.

Ein gültig errichtetes Testament kann außerdem seine Wirksamkeit verlieren 1) durch Verlust der Testamentifactio auf Seiten des Testators, also namentlich durch capitis deminutio desselben, testamentum irritum [a], nicht durch jede eintretende Unfähigkeit zur Errichtung eines Testaments [b]; jedoch wird den eingesetzten Erben auch in jenem Falle bonorum possessio gewährt, wenn nur der Testator zur Zeit seines Todes die Testamentifactio wieder erlangt [c] und im Falle der Arrogation seinen Willen fortdauernder Gültigkeit des Testaments nach wiedererlangter Selbständigkeit an den Tag gelegt hatte [d]; 2) durch Vereitelung der Erbeinsetzungen, d. i. durch Wegfall aller eingesetzten Erben, sey es, daß die Bedingungen der Erbeinsetzung nicht in Erfüllung gehen, oder daß die Eingesetzten vor dem Erblasser sterben, oder aus anderm Grunde nicht Erben werden können oder nicht erben wollen, testamentum irritum s. destitutum s. desertum [e]; 3) in Folge der Verletzung des Rechtes solcher Personen, welche der Erblasser in seinem letzten Willen berücksichtigen soll, worüber das Nähere unten im dritten Capitel.

Anm. Ein Testament kann nichtig (nullum testamentum) oder auch blos anfechtbar (rescissibel) seyn, von Anfang an oder in Folge später eingetretener Umstände. Rescissibel ist oder wird es, wenn für gewisse Personen die Möglichkeit besteht, dessen Unwirksamkeit, unmittelbar durch ihren Willen oder mittels richterlichen Erkenntnisses, herbeizuführen, wodurch es dann entweder nach Civilrecht nichtig (ipso iure nullum) oder blos nach prätorischem Recht kraftlos werden kann. Von Anfang nichtig ist es wegen Mangels eines wesentlichen Erfordernisses seiner Errichtung, testamentum non iure factum oder iniustum; nichtig wird es in den Fällen des §. unter 1. und 2., und zum Theil unter 3.

[a] §. 4. J. h. t. 2. 17. L. 6. §. 5...13. D. de iniusto rupto irrito facto testamento. 28. 3. cf. L. 4. §. 5. Cod. de haeret. 1. 5. cap. 2. §. 1. de usur. in 6to. 5. 5. [b] L. 18. pr. L. 20. §. 4. D. qui test. fac. 28. 1. L. 1. §. 9. D. de b. p. s. t. 37. 11. [c] §. 6. J. h. t. L. 1. §. 8. D. l. c. [d] L. 11. §. 2. D. eod. [e] §. 7. 8. J. de hered. quae ab int. 3. 1. §. 2. J. h. t. 2. 17. L. 1. in f. D. h. t. 28. 3.

Beiderlei Art von Ungültigkeit des Testaments erstreckt sich regelmäßig auf dessen ganzen Inhalt, ausnahmweise beschränkt sie sich nur auf die Erbeinsetzungen. Vang. §. 457...460.

§. 504.

7) Eröffnung und Vollziehung der Testamente.

Das römische Recht schreibt für die schriftlichen von den Zeugen vorschriftsmäßig versiegelten Testamente eine solenne Eröffnung und Vorlesung (recitatio) vor [a]. Heutzutage findet gemeinrechtlich eine gerichtliche Eröffnung nur dann statt, wenn entweder der Testator dieselbe ausdrücklich angeordnet oder das Testament bei Gericht hinterlegt hat, oder die Betheiligten darauf antragen.

Mit der Vollziehung der testamentarischen Bestimmungen pflegen bestimmte Personen beauftragt zu werden, die man Testamentsexekutoren nennt (generales oder speciales). Sie können entweder durch das Testament selbst ernannt seyn (executores testamentarii), oder durch Vertrag der Betheiligten bestellt werden (conventionales), oder durch den Richter (dativi), oder durch das Gesetz (legales) berufen seyn, wie namentlich die Ausführung letztwilliger Verfügungen zu frommem Zweck der höheren Geistlichkeit überwiesen ist [b]. Die Stellung der Testaments-Exekutoren ist in der Regel nach Analogie des Mandats zu beurtheilen (§. 291 ...296.); die Befugnisse der gesetzlichen bestimmen sich durch das Gesetz, das sie beruft, und die Natur des Verhältnisses, in Rücksicht auf welches dieses geschieht.

Anm. Vgl. Roßhirt in der Ztsch. f. Civil- und Crim.-Rt. I. S. 217. fg. Beseler in der Ztschr. f. deutsches Recht IX. 3. Mühlenbruch a. a. O. Bd. 43. S. 390...448. Heimbach a. a. O. S. 1011. fg. Seuffert's Arch. III. 73. VI. 226. 227. IX. 188. X. 271.

§. 505.

8) Zeitpunkt der testamentarischen Delation der Erbschaft.

Regelmäßig wird durch Testament die Erbschaft im Zeitpunkt des Todes des Erblassers deferirt; bei bedingter Erbeinsetzung ist die Zeit der Erfüllung der Bedingung, wenn sie nicht schon vor dem Tode des Erblassers stattfand, entscheidend. Diesen Zeitpunkt

[a] Dig. testamenta quemadmodum aperiantur inspiciantur et describantur. 29. 3. Cod. 6. 32. Pauli sentt. IV. 6. cf. Dig. de Sc. Silaniano et Claudiano, quorum testamenta ne aperiantur. 29. 5. Pauli sentt. III. 5. [b] L. 28. 46. 49. Cod. de episcop. 1. 3. nov. 131. cap. 11. 12.

muß der Eingesetzte erleben [a], und in demselben die testamentarische Erbfähigkeit haben. Der Mangel derselben zur Zeit des Todes steht dem bedingt Eingesetzten nicht entgegen, wenn er dieselbe zur Zeit der später erfolgenden Erfüllung der Bedingung wiederum hat [b]. Aber die Delation wird auch durch nachher vor dem Erwerb der Erbschaft erfolgenden Tod oder Erbunfähigkeit des Berufenen regelmäßig wieder aufgehoben [c].

III. Von dem Erwerbe der Erbschaft [a].

A. Art und Weise desselben.

1) Durch Antretung.

§. 506.

a) Fähigkeit zur Erwerbhandlung.

Die Erwerbung der Erbschaft ist der Regel nach in den Willen des Berufenen gelegt; die Erben sind voluntarii heredes. Die Erklärung des Willens, Erbe zu seyn, heißt Antretung der Erbschaft, hereditatis aditio. Erforderlich ist dazu die Fähigkeit, sich durch Rechtsgeschäfte zu verpflichten. Daher kann ein Wahnsinniger [b] oder ein Kind [c] die Erbschaft nicht antreten; ein Unmündiger oder Minderjähriger, der nicht mehr Kind ist, nur unter Zustimmung des Vormundes [d], ohne welche auch die Erbantretung des Verschwenders nicht bindend ist [e]. Ist der Berufene in väterlicher Gewalt, so vertritt die Stelle der sonst etwa erforderlichen Zustimmung eines Vormundes die des Vaters, welcher durch diese, falls die Erbschaft zu den Adventitien gehört, das väterliche Recht an derselben erlangt, wenn aber das Kind sie ablehnt, die Erbschaft (und zwar dann auch, wenn sie unter den Begriff der bona castrensia vel quasi fällt) für sich ganz erwirbt [f].

[a] L. un. §. 7. Cod. de cad. toll. 6. 51. cf. §. 71. Anm. 2. [b] L. 49. §. 1. L. 59. §. 4. D. de hered. instit. 28. 5. §. 4. J. de hered. qual. 2. 19. [c] L. un. §. 5. Cod. l. c. cf. not. b.

[a] Inst. de heredum qualitate et differentia. 2. 19. Dig. de adquirenda vel omittenda hereditate. 29. 2. Cod. de iure deliberandi et de adeunda vel adquirenda hereditate. 6. 30. [b] L. 63. D h. t. 29. 2. cf. §. 520. [c] L. 9. D. eod. cf. L. 5. Cod. eod. 6. 30. [d] L. 8. pr. 9. 49. D. eod. L. 9. §. 3. D. de auct. tut. 26. 8. L. 18. §. 4. Cod. h. t. 6. 30. cf. L. 12. Cod. eod. L. 26. Cod. de adm. 5. 37. §. 452. [e] L. 5. §. 1. D. h. t. cf. §. 452. not. o. L. 8. pr. D. h. t. [f] L. 8. pr. § 1...3. Cod. de bon. quae lib. 6. 61. L. 18. pr. §. 1. 4. Cod. h. t. 6. 30. cf. §. 432. not. k. L. 6. pr. §. 1...3. L. 13. §. 3. L. 14. 25. §. 4...15. D. h. t. 29. 2.

§. 507.

b) Willensbestimmung.

Zur Erbantretung gehört der ernstliche und bestimmte Wille, die Erbschaft der Berufung gemäß, unbedingt und ohne Vorbehalt [a], zu erwerben. Dazu wird die Gewißheit vorausgesetzt, daß [b] die Erbschaft deferirt sey [1], und wie [c], ob durch Testament oder Gesetz. Doch kann nach Eintritt des Erbfalls schon im voraus [d] für den Fall, daß andere vorgehende wegfallen, die Annahme der Erbschaft durch Agnition der bonorum possessio erklärt werden [2]. Gewißheit über die Größe des Erbtheils ist nicht erforderlich [e], jedoch ungültig die irrige Antretung auf einen bestimmten unrichtigen Erbtheil [f]. Ungültig ist auch die Antretung desjenigen, der sich für einen necessarius heres hält [g]. Ungewißheit über die eigene Fähigkeit zum Erbantritt, ob er sui iuris, ob mündig sey, hindert diesen nicht, wenn die Fähigkeit wirklich vorhanden ist [h]. Auch ein Irrthum in den Beweggründen, z. B. über den Bestand der Erbschaft [i], selbst ein durch Betrug veranlaßter [k], macht die Erbantretung nicht unwirksam, so wie auch die erzwungene an sich gültig, obwohl dagegen Restitution möglich ist [l].

Anm. 1 Demnach hindert der Zweifel, ob man bedingt oder unbedingt eingesetzt sey? L. 32. §. 1. D. h. t., nicht auch die irrige Voraussetzung einer Bedingung, die man zugleich für erfüllt hält, L. 34. §. 1. eod., und ebensowenig die Unkenntniß einer wirklich gesetzten aber bereits erfüllten Bedingung, wohl aber wiederum die Unkenntniß der Erfüllung einer wissentlich gesetzten Bedingung. L. 21. D. de cond. et dem. Widersprechend scheint freilich L. 21. §. 3. D. h. t. Si quis partem, ex qua institutus est, ignoravit, Julianus scribit, nihil ei nocere, quominus pro herede gereret. Quod et Cassius probat, si conditionem, sub qua heres institutus est, non ignorat, si tamen extitit conditio, sub qua substitutus (Hal. *institutus*) est. Quid tamen si ignorat, conditionem extitisse? Puto posse adire hereditatem, quemadmodum si ignoret, an coheredis, cui substitutus est, repudiatione portio ei delata sit. Daher emendirt Cuiacius: „*si conditionem, sub qua heres institutus est, ignorat ... puto non posse adire*“ *etc.* „Aber die Stelle entscheidet nicht verschiedene Fälle, sondern führt nur in ihrem Verlauf den an den

a L. 51. §. 2. D. h. t. L. 77. D. de R. J. b §. 7. J. h. t. 2. 19. L. 19. 32. 34. D. h. t. L. 32. §. 1...8. L. 84. eod. L. 21. D. de cond. et dem. 35. 1. c L. 17. 22. 46. 51. pr. D. h. t. cf. L. 77. eod. d L. 9. Cod. qui admitti ad b. p. 6. 9. e L. 21. §. 3. eod. L. 5. §. 1. D. si pars hered. pet. 5. 4. f L. 75. D. h. t. L. 93. pr. eod. g L. 16. D. h. t. h L. 6. §. 4 L. 34. pr. 96. eod. L. 21. D. de cond. et dem. 35. 1. cf. L. 74. §. 2. 3. D. h. t. i L. 8. pr. eod. §. 5. 6. J. h. t. k L. 40. D. de dolo. 4. 3. l L. 21. §. 5. 6. D. quod met. 4. 2. L. 85. D. h. t. cf. L. 6. §. 7. eod. §. 61. Anm. 2.

Eingang gestellten Satz weiter aus." Puchta §. 497. not. a. Mühlenbruch Bd. 42. S. 422. fg. Vang. §. 498. Anm. 1.

2 Bedenklich ist es, mit Sint. §. 183. not. 18. in diesem Fall auf jede unförmliche Erklärung auszudehnen, was L. 9. cit. (not. d.) bezüglich der gerichtlichen Agnition der b. p. bestimmt.

§. 508.

c) Willenserklärung.

Der Wille Erbe zu seyn, kann entweder ausdrücklich, mündlich oder schriftlich, erklärt werden [a], hereditatis aditio im engern Sinn [b], oder stillschweigend durch Handlungen, die den Umständen nach nicht anders auszulegen sind, als daß der Handelnde sich als Erben betrachte, pro herede gestio [c]. Eine besondere Form der Willenserklärung ist nicht erforderlich [1], wenn sie nicht etwa zur Bedingung der Erbeinsetzung gesetzt ist. Die Erbantretung kann auch durch einen Andern für den Berufenen erklärt, diesem aber der Regel nach nicht ohne dessen eigenen Willen durch jenen als Stellvertreter die Erbschaft erworben werden [2]. Jedoch erwerben 1) juristische Personen die Erbschaft durch ihre rechtmäßigen Vertreter, deren Versäumniß auch ihnen nicht zum Nachtheil gereichen soll [d]. 2) Für Unmündige und Minderjährige kann deren Vormund allein antreten [e], oder 3) der Vater, in dessen Gewalt sie sich befinden, wogegen diese jedoch Restitution erlangen können [f], mit der Wirkung, daß alsdann die Erbschaft als dem Vater selbst erworben angesehen wird [3].

Anm. 1 L. 17. Cod. h. t. Cretionum scrupulosam solennitatem hac lege penitus amputari decernimus. Ueber diese cretio des ältern Rechts vgl. Gai. II. 164...168. 170...173. Ulp. XXII. 27...34. Zur Erlangung der prätorischen Erbfolge war eine Erklärung vor Gericht erforderlich, die auch im Justinianischen Recht noch vorkommt. L. 9. Cod. qui adm. ad b. p. 6. 9. §. 7. J. de b. p. 3. 9. cf. L. 7. §. 3. Cod. de cur. fur. 5. 70. Diese wird daher von Vielen auch jetzt noch bei denjenigen erfordert, welche nur iure praetorio berufen sind, namentlich bei der b. p. ex edicto unde vir et uxor (§. 480.). Allein die Praxis hat diesen Unterschied da, wo die b. p. als definitive Erbfolge stattfindet, durchgängig unbeachtet gelassen, und es hat sehr den

a §. 7. J. h. t. 2. 19. cf. L. 12. Cod. h. t. 6. 30. b L. 69. D. h. t. 29. 2. L. 19. 22. §. 14. Cod. h. t. 6. 30. c §. 7. J. l. c. L. 20. 21. pr. §. 1. 2. L. 24. 86. §. 2. L. 87. D. eod. cf. L. 13. D. de cond. instit. 28. 7. L. 62. D. h. t. d L. 3. §. 4. D. de b. p. 37. 1. cf. L. 1. §. 2. D. de off. procur. Caes. 1. 19. e L. 18. §. 2. 4. Cod. h. t. 6. 30. cf. L. 7. §. 1. L. 8. 11. D. de b. p. 37. 1. L. 11. D. de auct. tut. 26. 8. L. 3. 7. Cod. qui adm. ad b. p. 6. 9. f L. 18. pr. §. 4. Cod. h. t. L. 8. §. 1. 6. Cod. de bon. quae lib. 6. 61.

Anschein, daß er auch schon im Just. Rechte nicht mehr praktisch war. Vgl. Leist, bon. poss. II. 2. S. 235. fg. S. 376. fg. 413. fg.

2 Ob die Erbantretung durch Stellvertreter möglich sey? ist streitig. Die Verneinung gründet sich auf L. 90. pr. D. h. t. Paulus respondit, per curatorem (nach Hal. *per procuratorem*) hereditatem acquiri non posse. cf. L. 54. pr. D. de acquir. dom. 41. 1. Puchta §. 497. not. f. vgl. Mühlenbruch Bd. 42. S. 396. fg. Aber die Agnition der bonorum possessio, die doch als pro herede gestio angesehen wird (L. 12. Cod. h. t.), kann durch einen Bevollmächtigten geschehen, und selbst die ohne Auftrag vorgenommene durch Genehmigung des Berufenen wirksam werden (L. 3. §. 7. L. 15. 16. D. de b. p. 37. 1.). Daher behaupten Andere schon für das Justinianische und vollends für das heutige Recht allgemein die Möglichkeit des Erbschafterwerbes durch Stellvertreter. Leist, die bon. poss. II. S. 308. fg. Sint. §. 183. not. 28. Es wird jedoch einerseits zugegeben, daß der Wille der Erbantretung auch durch einen Auftrag zur Erklärung derselben sich kund geben könne (Mühlenbruch S. 412. vgl. Arndts im Rtslex. IV. S. 17.), andererseits, daß die Kenntniß der Delation und der Wille der Erbantretung beim Delaten selbst vorausgesetzt werde (Leist S. 311.). Das praktische Interesse des obigen Meinungsstreites beschränkt sich demnach auf 2 Fragen: a) ob der Auftrag zur Erklärung der Erbantretung immer diese selbst schon enthalte und enthalten müsse? Dies ist zu verneinen: er kann schon die Erbantretung selbst aussprechen, ist aber als bloßer Auftrag zur Abgabe der Erklärung widerruflich, so gut wie die abgesandte briefliche Erklärung bis zur Abgabe noch zurückgenommen werden kann; b) ob auch die Erbantretung durch den Bevollmächtigten in Gemäßheit eines bedingten Auftrages gültig sey? namentlich bei der Bedingung, wenn der Bevollmächtigte nach genommener Einsicht die Erbschaft annehmbar finde (vgl. L. 48. D. h. t. L. 25. §. 9. eod. mit L. 51. §. 2. eod.)? Dies ist zu bejahen, wenigstens nach längst anerkannter Praxis, aber wohl auch schon nach R. R. und nach der Natur der Sache; denn die nach Eintritt der Bedingung wirklich erklärte Antretung ist nun als vom Delaten selbst unbedingt gewollte anzusehen. Leist S. 320. Völlig unnütz ist bei formloser Erbantretung die Frage über die Wirkung der Genehmigung; denn diese selbst ist jedenfalls wirkliche Antretung, und dabei ist es gleichgültig, wann sie stattgefunden (L. 54. D. h. t.) Ihre Bedeutung bei der Agnition der b. p. besteht nur darin, daß nicht noch einmal die gerichtliche Erklärung nothwendig ist. — Ueber den Erwerb einer Erbschaft für einen Verschollenen vgl. §. 26. Anm. 3.

3 Das R. R. (not. e. f.) spricht beides (2. und 3.) nur bezüglich des Infans aus; nach heutigem Recht ist es bezüglich aller Minderjährigen anzunehmen. Heise und Cropp Abh. II. S. 167. Leist S. 315. Sint. §. 183. not. 8. 10. Seuffert §. 567. Für den Fall, daß der in väterlicher Gewalt befindliche Delat wahnsinnig oder abwesend ist, enthält das R. R. keine ausdrückliche Bestimmung. cf. L. 7. pr. Cod. de cur. fur. 5. 70. L. 30. pr. 52. pr. 63. D. h. t. 29. 2. Da der Vater beim Widerspruch des willensfähigen oder anwesenden Kindes die Erbschaft doch für sich selbst erwerben könnte, so scheint es consequent, ihm auch in jenem Falle das Recht der Antretung beizulegen. Vgl. Puchta §. 496. not. e. Sonst findet für wahnsinnige und aus anderm Grunde

verhinderte Personen nur ein provisorischer Erwerb statt (§. 538.). — Viele nehmen übrigens ohne gesetzlichen Anhaltpunkt an, daß auch der curator concursus die dem Gemeinschuldner deferirte Erbschaft antreten könne. Holzschuher II. 1. S. 735.

§. 509.

d) Zeit der Erbantretung.

Für die Antretung der Erbschaft nach Civilrecht[1] ist eine bestimmte Zeitfrist gesetzlich nicht vorgeschrieben[2]. Allein 1) die Antretung innerhalb einer bestimmten Zeit kann zur Bedingung der Erbeinsetzung gesetzt seyn[a]. 2) Gläubiger der Erbschaft und Vermächtnißnehmer können auf Entscheidung des Berufenen, ob er die Erbschaft annehme oder nicht, bringen[b]. Dann wird diesem auf Verlangen eine Ueberlegungsfrist, spatium deliberandi[3], bewilligt[c], die jedoch nicht über 9 Monate, und selbst durch den Regenten nicht über ein Jahr erstreckt werden soll[d]. Während derselben kann er sich über den Bestand der Erbschaft unterrichten, auch die Befugniß erhalten unverschiebliche Verwaltungshandlungen vorzunehmen und als Kind des Erblassers einstweilen Alimente daraus zu beziehen[e], obwohl auch die Anordnung einer Cura eintreten kann[f]. Nach Ablauf der Frist wird er, wenn er nicht ausdrücklich abgelehnt hat, als Antretender behandelt, und verliert jedenfalls das beneficium legis Falcidiae; wenn er aber ablehnt und kein ordnungsmäßiges Vermögensverzeichniß errichtet hat, so wird zudem den Betheiligten gestattet den Betrag der Erbschaft durch ihren Eid festzustellen[g]. 3) Auch diejenigen, welche nach dem Berufenen die Anwartschaft auf die Erbschaft haben, namentlich der Substitut[4], können eine solche Fristbestimmung erwirken, aber mit dem Unterschied in der Wirkung, daß nach deren Ablauf der Berufene, wenn er nicht angetreten hat, als Ausschlagender behandelt wird[h]. 4) Der Berufene kann auch aus freien Stücken eine Ueberlegungsfrist nachsuchen[i]; dies hat für ihn die nämlichen Folgen, wie nach 2. und 3., je nachdem ihm nur Gläubiger und Vermächtnißnehmer gegen-

[a] L. 72. D. h. t. 29. 2. [b] L. 5. 6. D. de int. in iure. 11. 1. L. 9. Cod. h. t. 6. 30. [c] Dig. de iure deliberandi. 28. 8. Cod. 6. 30. [d] L. 22. §. 13. Cod. h. t. cf. L. 2…4. D. h. t. 28. 8. [e] L. 5…7. 9. D. eod. L. 28. D. de adquir. hered. 29. 2. [f] L. 8. 9. D. quib. ex caus. in poss. 42. 4. L. 22. §. 1. D. de reb. auct. iud. 42. 5. [g] L. 22. §. 14. Cod. h. t. [h] L. 69. 70. D. de adquir. hered. 29. 2. cf. L. 10. D. de iure delib. 28. 8 L. 22. §. 14. Cod. l. c. [i] L. 22. §. 13. 14. Cod. l. c.

überstehen, oder ein anderer nach ihm Berufener die Erbschaft übernimmt[5]. 5) Ist Jemand unter einer potestativen Bedingung eingesetzt, so kann ihm auch für deren Erfüllung und darauf folgende Antretung eine Frist gesetzt werden[k]; die Versäumung derselben bewirkt, daß nunmehr dem Nächstberufenen die Erbschaft überlassen wird oder die Gläubiger deren Verkauf betreiben können[6]. Eine besondere Bestimmung gilt noch 6) für den Fall, wenn ein Pflichttheilsberechtigter wegen Verletzung des Pflichttheils das Testament anfechten will[l].

Anm. [1] Für die Agnition der bonorum possessio ist Aeltern und Kindern des Erblassers eine Frist von einem Jahr, andern Erben von 100 Tagen als tempus utile (§. 90.) gesetzt, deren Versäumung von selbst die Delation der b. p. aufhebt. §. 4. in f. §. 5. 6. J. de b. p. 3. 9. L. 1. pr. §. 8...16. D. de successorio edicto. 38. 9. Dig. quis ordo in possessionibus servetur. 38. 15. L. 2. 5. Cod. qui adm. ad b. p. 6. 9. Es findet auch darauf Anwendung, was in §. 508. Anm. 1. bemerkt ist. Vgl. Seuffert's Arch. IX. 313.

[2] Eine gesetzliche Deliberationsfrist, und zwar a) von einem Jahr hat man in L. 19. Cod. h. t., und b) von 3 Monaten in L. 22. §. 1. eod. finden wollen, bald mit der Bedeutung, daß der Säumige ipso iure Erbe werde, bald mit der entgegengesetzten, daß er vom Erwerbe ausgeschlossen sey. Die Richtigkeit dieser Meinungen ist gründlich dargethan von Vangerow im civ. Arch. XXII. 7. vgl. Puchta und Arndts in d. krit. Jahrb. IV. S. 7...29. Zachariä das. X. S. 840. Mühlenbruch Bd. 41. S. 301. fg. Mayer Erbr. I. S. 344. u. a.

[3] Vgl. überhaupt Witte im Rtslex. I. S. 887. fg. Mühlenbruch a. a. O. S. 277. fg. 383. fg. Grosch diss. inaug. de iuris deliberandi origine. Vratislav. 1839.

[4] Nur dem Substituten legt dieses Recht bei Puchta §. 498. not. c. Dagegen Leist a. a. O. S. 461. Sint. §. 184. not. 4. Mühlenbruch aber behauptet (Bd. 41. S. 391. fg.), daß nach L. 22. §. 14. Cod. h. t. diese Bestimmung ganz wegfalle und überall nur des Präjudiz unter Nr. 2. eintrete; dagegen Sint. a. a. O. Neuerdings aber hat Bruns im Jahrb. des gem. d. Rechts I. S. 120. ausgeführt, daß den nachfolgenden Erben überhaupt jenes Recht nie zugestanden habe, die herrschende Ansicht namentlich durch L. 69. D. 29. 2. nicht begründet sey, wornach vielmehr nur auf Drängen der Gläubiger oder Legatarien zunächst dem Institutus, dann dem Substituten u. s. w. eine Deliberationsfrist gesetzt werde.

[5] Nur auf diesen Fall bezieht Puchta §. 498. not. f. die Vorschrift, daß die Deliberationsfrist höchstens 9 Monate, beziehungsweise ein Jahr betragen soll (not. d.). Auch verbindet derselbe damit nicht das Präjudiz der Antretung, beziehungsweise Ausschlagung der Erbschaft. Dagegen Sint. §. 185. III. S. 524.

[k] L. 23. §. 1. D. de hered. instit. 28. 5. [l] L. 36. §. 2. Cod. de inoff. test. 3. 28.

Beide aber finden in der sehr problematischen L. 22. §. 1. Cod. h. t. noch die Bestimmung, daß man durch Ausschlagung der Erbschaft nur, wenn sie binnen 3 Monaten geschehe, allen Nachtheil vermeide. Sint. a. a. O. not. 9. vgl. Anm. 2.

6 Daß auch in diesem Falle das Präjudiz der geschehenen Antretung stattfinde, behauptet Sint. §. 184. not. 3. Bruns a. a. O. aber will auch hier die Bestimmung einer Antretungsfrist nur auf Drängen der Gläubiger zulassen, sich berufend auf die Worte „postulantibus creditoribus" in L. 23. §. 2. D. 28. 5., wobei jedoch zu beachten ist, daß der §. 2. sich auf den Fall bezieht, wenn die Erfüllung einer nichtpotestativen Bedingung der Institutio sich zu lange erwarten läßt.

§. 510.

e) Ablehnung der Erbschaft [a].

Wer die Erbschaft erwerben kann, nach prätorischem oder nach Civilrecht, kann dieselbe auch ausschlagen [b]; er wird dadurch der Regel nach ebenso von derselben ausgeschlossen, wie durch die Annahme daran gebunden [c], auch wenn es vor Ablauf der ihm zustehenden Frist geschieht [d]. Die Ablehnung geschieht durch einfache Willenserklärung [e]; sie setzt aber Kenntniß der Delation voraus, wie die Antretung [f].

Anm. L. 97. D. h. t. (Paul. lib. 3. decret.). Clodius Clodianus, facto prius testamento, postea eundem heredem in alio testamento inutiliter facto instituerat; scriptus heres, cum posterius putaret valere, ex eo hereditatem adire voluit, sed postea hoc inutile repertum est. Papinianus putabat, repudiasse eum ex priore hereditatem, ex posteriore autem non posse adire; dicebam, non repudiare eum, qui putaret posterius valere; pronuntiavit, Clodianum intestatum decessisse. Vgl. Puchta's Vorles. §. 499. („Man kann nur etwas repudiiren, was deferirt ist und von dessen Delation man weiß. Dies ist die Meinung des Paulus, der wir zu folgen haben."). Bähr die Anerkennung S. 197. mit Seuffert's Arch. V. 302.

§. 511.

2) Erwerb ohne Willen.

Diejenigen Personen, welche bis zum Tode des Erblassers in dessen Gewalt gestanden, sowie auch die Nachgeborenen, welche

[a] Dig. de adquirenda vel omittenda hereditate. 29. 2. Cod. de repudianda vel abstinenda hereditate. 6. 31. cf. Cod. de repudianda bonorum possessione. 6. 19. [b] L. 18. D. h. t. 29. 2. L. 5. Cod. h. t. 5. 31. [c] L. 4. Cod. l. c. §. 5. 7. J. de hered. qual. 2. 19. [d] L. 4. D. quis ordo. 38. 15. L. 1. §. 3. D. si tab. test. 38. 6. cf. L. 1. §. 7. D. de succ. ed. 38. 9. §. 509. 2. [e] L. 95. D. h. t. 29. 2. L. 1. §. 6. D. de succ. ed. 38. 9. [f] L. 13...15. 17. 23. D. h. t. 29. 2. cf. L. 19. D. de inoff. test. 5. 2.

früher geboren derselben unterworfen seyn würden, erwerben als necessarii heredes[1] die Erbschaft von selbst, ohne ihr Wissen oder Wollen, unmittelbar durch die Berufung zu derselben[a]. Dies gilt von dem zum Erben eingesetzten Enkel auch dann, wenn er nicht suus heres des Testators ist[b], so zwar, daß zugleich seinem ebenfalls in der Gewalt des Testators gestandenen Vater von selbst der Nießbrauch daran zufällt[2]. Ebenso wird der Pupillarsubstitut, der in der Gewalt des Testators stand, von selbst Erbe des Pupillen[c]. Durch eine Potestativ-Bedingung der Erbeinsetzung kann die Antretung in den Willen des Eingesetzten gestellt werden, wenn gleich dieser sonst ipso iure Erbe würde[d].

Durch das prätorische Recht ist jedoch den Kindern überhaupt die Möglichkeit gegeben, sich der väterlichen Erbschaft zu entschlagen[e], indem sie sich jeder Einmischung in dieselbe enthalten[f], beneficium abstinendi[3], welches auch ihren Erben[4] noch zu Statten kommt[g], wegen dessen nun aber auch, um eine Erklärung über Annahme oder Ablehnung zu erzielen, die Vorschriften des §. 509. auf sie Anwendung finden[h]. Die Folge der Enthaltung von der Erbschaft ist, daß der Erbfall nun so behandelt wird, als ob der Suus nicht Erbe des Vaters[5] geworden wäre[i], daher denn auch Andere nunmehr als Substituten[k], Miterben[l], oder Intestaterben[m], und so aus anderm Grunde der Abstinirende selbst[n] die Erbschaft, beziehungsweise Miterben den Erbtheil, erlangen können[6], obwohl der letzte strenge genommen Erbe bleibt[o], und daher das Testament, wenn auch der Abstinent der einzige eingesetzte Erbe ist, bezüglich der nicht diese Erbschaft betreffenden Verfügungen nicht als destituirtes gilt[p]. Uebrigens kann der Suus, nachdem er auf die Erbschaft

[a] pr. §. 1...3. J. de hered. qual. 2. 19. L. 15. 16. D. h. t. 29. 2. [b] L. 6. §. 5. 6. D. eod. L. 13. D. de bon. lib. 38. 2. cf. L. 18. pr. D. de castr. pec. 49. 17. L. 6. 8. Cod. de bon. quae lib. 6. 61. [c] L. 2. §. 1. L. 10. §. 1. D. de vulg. et pup. subst. 28. 6. L. 42 pr. in f. D. h. t. 29. 2. [d] L. 12. D. de condit. inst. 28. 7. L. 86. D. de hered. instit. 28. 5. [e] §. 2. J. l. c. cf. Gai. II. 158...160. [f] L. 11. 12. 57. 87. pr. D. h. t. 29. 2. L. 1. Cod. de repud. hered. 6. 31. cf. L. 71. §. 3...9. L. 91. D. l. c. L. 2. Cod. l. c. [g] L. 7. §. 1. D. eod. cf. L. 19. Cod. de iure delib. 6. 30. [h] L. 7. pr. L. 8. D. de iure delib. 28. 8. L. 12. D. de interrog. in iure. 11. 1. L. 19. 22. Cod. l. c. [i] L. 57. pr. L. 87. §. 1. L. 89. D. h. t. 29. 2. L. 89. D. de legat. I. cf. L. 17. D de iniusto test. 28. 3. [k] L. 44. D. de re iud. 42. 1. [l] L. 44. cit. L. 38. 55. 56. D. h. t. 29. 2. [m] L. 6. Cod. de legit. hered. 6. 58. L. 6. §. 2. D. de bon. lib. 38. 2. L. 2. §. 8. D. ad Sc. Tertull. 38. 17. [n] L. 1. §. 7. D. si quis om. caus. 29. 4. L. 41. D. h. t. 29. 2. [o] L. 30. §. 10 D. de fideicomm. lib. 40. 5. L. 2. §. 8. cit. [p] L. 42. pr. D. h. t. 29. 2. L. 12. D. de vulg. et pup. subst. 28. 6. cf. L. 30. §. 10. cit. L. 87...89. D. de legat. I.

verzichtet, doch dieselbe wiederum annehmen, wenn nicht die Erbmasse bereits verkauft ist [q], jedoch nur innerhalb einer Frist von drei Jahren, die aber für den Minderjährigen erst vom Ende seiner Restitutionsfrist an beginnen soll [r].

Anm. 1 Nach R. R. gehörte dahin auch der von seinem Herrn eingesetzte Sklave, necessarius heres schlechtweg. Die Kinder werden sui et necessarii genannt. Vgl. jedoch not. b.

2 L. 6. §. 5. D. h. t. Interdum filiifamilias et sine aditione adquirent hereditatem his, in quorum sunt potestate, utputa si nepos ex filio exheredato heres sit institutus, patrem enim suum sine aditione faciet heredem, et quidem necessarium. Vgl. Arndts im Rtslex. IV. S. 7. fg.

3 Vgl. überhaupt Witte im Rtslex. I. 856...871. Mühlenbruch a. a. O. Bd. 42. S. 325...396. — Dem Unmündigen soll die Einmischung nicht schaden, während die mündigen Minderjährigen nur in integrum restitutio dagegen erlangen können. L. 11. 57. D. h. t. Nach heutigem Recht muß aber wohl auch bei diesen die Immixtion ohne vormundschaftliche Zustimmung als völlig wirkungslos angesehen werden.

4 Nach der Meinung Vieler jedoch nur dem suus heres des Erben: arg. L. 7. §. 1. D. h. t. L. 10. §. 2. D. de vulg. et pup. subst. 28. 6. Huschke in Linde's Ztschr. n. F. VII. S. 84. fg.

5 Eine Consequenz daraus bezüglich des Pupillarsubstituten enthält L. 42. pr. D. h. t. (Ulp.) Julianus . . . scripsit, si pupillus paterna hereditate se abstinuisset, deinde ei aliquis heres extitisset, non esse eum compellendum, creditoribus paterni respondere, nisi substitutus ei fuit; inclinat enim in hoc, ut putet, substitutum etiam patris onera subiturum. Quae sententia a Marcello recte notata est; impugnat enim utilitatem pupilli, qui ipse saltem potest habere successorem; metu enim onerum patris timidius quis etiam impuberis hereditatem adibit. Alioquin, inquit, et, si frater fuit, omissa causa testamenti ab intestato possidebit hereditatem, et quidem impune; nec enim videtur voluisse fraudare edictum, qui sibi prospicit, ne oneribus patris pupilli hereditas implicaretur. Sed quod in fratre scripsit, credo ita intelligendum, si non impuberis frater fuit, sed testatoris; ceterum utique si frater a patre fratri substitutus impuberi sit, sine dubio necessarius heres existet. Dem scheint aber L. 28. D. de reb. auct. iud. poss. 42. 5. von Javolenus zu widersprechen. Ueber die Vereinigungsversuche vgl. Mühlenbruch Bd. 40. S. 419. fg. Vang. §. 454. a. E., Puchta Vorles. §. 478. Huschke a. a. O. S. 98. fg.

6 Bestritten wird von Manchen die Regel, daß in Folge der Abstinenz des Suus auch die Intestaterben zur Erbschaft kommen können, indem sie die Stellen in not. m. theils durch gezwungene Erklärung beseitigen (L. 6. Cod. cit.), theils

q L. 8. D. de iure delib. 28. 8. r L. ult. Cod. h. t. 6. 31.

als bloße Ausnahmen ansehen. Witte a. a. O. S. 867. fg. Dagegen Mühlenbruch Bd. 42. S. 368. fg. Indessen kann im Interesse des unmündigen Erben (nach heutigem Recht wohl auch des minderjährigen) der Verkauf der Erbschaft angeordnet werden, um ihm den sich ergebenden Ueberschuß zu erhalten. L. 6. pr. D. de reb. auct. iud. poss. 42. 5. L. 79. D. ad Sc. Treb. 36. 1.

B. Erwerb der Erbschaft durch einen Andern als den Delaten.

§. 512.

Regel ist, daß nur derjenige Erbe werden kann, welchem die Erbschaft deferirt ist, daß also die Delation aufgehoben wird, wenn der Berufene die Erbschaft nicht mehr erwerben kann. Daher geht das Recht, die Erbschaft zu erwerben, nicht auf die Erben des Berufenen über, wenn dieser vor der Erwerbung gestorben ist [a]. Daß der Erbe eines suus et necessarius heres auch die Erbschaft des Vaters seines Erblassers erhält [b], sog. transmissio ex capite suitatis, ist keine Ausnahme von dieser Regel. Es gibt aber Fälle, wo gegen die Regel anstatt des eigentlich Berufenen ein Anderer Erbe werden kann, auf welchen nämlich die Delation übertragen wird, und welcher daher auch den Substituten ausschließt, vorausgesetzt freilich, daß nicht der Testator die Einsetzung durch den Selbsterwerb des Eingesetzten bedingt oder die Substitution deutlich blos von der Nichterwerbung durch den Eingesetzten selbst abhängig gemacht hat. Jener Uebergang des Erwerbrechts auf einen Andern tritt schon beim Leben des Berufenen zu Gunsten des Vaters ein [c], wenn das in seiner Gewalt befindliche Kind die ihm angetragene Erbschaft ausschlägt [1]. Er findet sodann in verschiedenen Fällen nach dem Tode des Berufenen statt, theils zu Gunsten der Erben desselben, theils auch ohne Rücksicht auf dessen Beerbung. Die Fälle dieser Art, nebst dem in der Note b bezeichneten, pflegt man vorzugsweise Transmission der Erbschaft zu nennen [2].

Anm. [1] Im ältern Recht gab es einen andern Fall dieser Art; die legitima hereditas konnte vor der Antretung einem Andern in jure cedirt und dadurch diesem das Antretungsrecht übertragen werden. Gai. II. 35...37. III.

[a] L. un. §. 5. 13. Cod. de cad. toll. 6. 51. L. 7. Cod. de iure delib. 6. 30. L. 3. §. 7. D. de b. p. 37. 1. [b] L. 8. Cod. de suis et legit. 6. 55. cf. L. 19. §. 2. D. de castr. pec. 49. 14. L. 9. §. 4. D. de reb. dub. 34. 4. L. 3. Cod. de iure delib. 6. 30. L. 1. §. 8. D. de collat. bon. 37. 6. L. 4. Cod. qui adm. ad b. p. 6. 9. [c] L. 8. pr. §. 3. Cod. de bon. quae lib. 6. 61. cf. §. 508.

85...87. Ulp. XIX. 13. 14. Dies kommt im Justinianischen Rechte nicht mehr vor, obwohl sich noch eine Spur davon in L. 4. §. 28. D. de doli except. erhalten hat, welche Stelle aber im Justinianischen Recht nur mehr von dem Fall einer Veräußerung der dem Delaten zuvor erworbenen Erbschaft zu verstehen ist. Gleichwohl wird es noch, ohne die Form der in jure cessio, für praktisch gehalten von Puchta §. 503. Dagegen Mühlenbruch a. a. O. Bd. 43. S. 144. not. 63...65. Scheurl Beitr. S. 100.

[2] Vgl. Marezoll, zur Lehre v. d. sog. Transmissionsfällen, in Linde's Ztschr. II. 3. Steppes, die Transmission der Erbschaft nach R. R. München 1831. Mühlenbruch a. a. O. S. 143...243. Heimbach im Rtslex. XI. S. 511...535.

§. 513.

1) Sog. transmissio ex capite infantiae oder ex iure patrio.

Wenn die Erbschaft einem Kinde unter 7 Jahren angetragen ist, und dieses noch in der Infantia stirbt, bevor ihm die Erbschaft erworben ist, so steht dem Vater desselben das Recht zu, die Erbschaft zu erwerben [a], sogar auch dann, wenn sich das Kind nicht in dessen Gewalt befindet [b]. Dasselbe wird auch bei dem erwachsenen in der väterlichen Gewalt befindlichen Kinde angenommen, wenn durch Abwesenheit der Erwerb der Erbschaft vor dem Tode desselben verhindert worden ist [c], womit denn weiter auch der Fall des Wahnsinns gleich zu behandeln wäre.

Anm. L. 18. §. 1. Cod. 6. 30. (Theodos. et Valent. a. 426.) sagt: Sed si hoc parens neglexerit (sc. *adire infantis nomine hereditatem*) et in memorata aetate infans decesserit, tunc parentem quidem superstitem omnia ex quacunque successione ad eundem infantem devoluta iure patrio *quasi iam infanti quaesita* capere: mit Rücksicht darauf, daß damals noch alles dem Kinde Erworbene, auch die bona materna und materni generis, durch dessen Tod iure peculii dem Vater zufiel. L. 1...3. Cod. de mat. bon. 6. 60. cf. L. 4. Cod. de bon. quae lib. 6. 61. Nach Just. Recht (§. 429. 432.) wäre es nun consequent, dies so zu verstehen, daß der Vater nur dasselbe Recht an der später erworbenen Erbschaft haben solle, was ihm an der wirklich dem Kinde schon erworbenen zustehen würde, nur etwa nach L. 8. §. 1. 2. Cod. de bon. quae lib. 6. 61. mit dem Zusatze, daß er die Erbschaft ganz für sich behalte, wenn die Erben des Kindes dieselbe ablehnen, was sich aber nach nov. 118. cap. 2. ohnehin von selbst ergäbe, weil darnach der Vater zur Miterbschaft des Kindes berufen ist. Die herrschende Ansicht aber, die Worte *quasi iam infanti quaesita* weiter nicht beachtend, findet darin ein dann freilich auffallend singuläres Recht des Vaters, die Erbschaft schlechthin für sich zu erwerben. Mühlenbruch Bd. 43. S. 199...204.

[a] L. 18. §. 1. Cod. de iure delib. 6. 30. [b] L. 18. §. 3. in f. Cod. l. c. [c] arg. L. 30. pr. D. de adquir. hered. 29. 2.

§. 514.

2) Sog. transmissio Theodosiana.

Nach einer Verordnung von Theosius II.[1], die Justinian noch ausdrücklich wieder bestätigt hat[2], sollen eingesetzte Descendenten des Erblassers, wenn sie auch vor Eröffnung des Testaments gestorben sind, sie mögen von der Erbeinsetzung gewußt haben oder nicht, den ihnen hinterlassenen Erbtheil auf ihre Descendenten transmittiren, so daß diese noch denselben, wenn sie nicht die Erbschaft (ihres Erblassers) ablehnen, als ihnen gebührend in Anspruch nehmen können. Dies nennt man nun transmissio Theodosiana, deren nähere Bestimmungen jedoch überaus streitig sind[3].

Anm. [1] L. un. Cod. de his qui ante apertas tabulas hereditatem transmittunt. 6. 52. (Theod. et Valent. a. p. Chr. 450.). Per hanc iubemus sanctionem, in posterum filios seu filias, nepotes aut neptes, pronepotes aut proneptes, a patre vel matre, avo vel avia, proavo vel proavia scriptos heredes, licet non sint invicem substituti, seu cum extraneis seu soli sint instituti, et ante apertas tabulas defuncti, sive se noverint scriptos heredes sive ignoraverint, in liberos suos, cuiuscunque sint sexus vel gradus, derelictam sibi hereditariam portionem posse transmittere, memoratasque personas, si tamen hereditatem non recusant, nulla huiusmodi praescriptione obstante sibi tanquam debitam vindicare: quod scilicet etiam super legatis seu fideicommissis a patre vel a matre, avo vel avia, proavo vel proavia derelictis locum habet; si quidem perindignum est, fortuitas ob causas vel casus humanos nepotes aut neptes, pronepotes aut proneptes avita vel proavita successione fraudari, aliosque adversus avitum vel proavitum desiderium vel institutum insperato legati commodo vel hereditatis gaudere. Habeant vero solatium tristitiae suae, quibus est merito consulendum.

[2] L. un. §. 5. Cod. de cad. toll. 6. 51. In novissimo autem articulo, ubi proprie caduca fiebant, ... etiam clausis tabulis tam existere heredes quam posse adire, sive ex parte sint sive ex asse instituti, censemus, et dies legatorum seu fideicommissorum ... a morte defuncti cedere; hereditatem etenim, nisi fuerit adita, transmitti nec veteres concedebant nec nos patimur, exceptis videlicet liberorum personis, de quibus Theodosiana lex super huiusmodi casibus introducta loquitur etc.

[3] Vgl. Löhr im civ. Arch. II. 14. Steppes a. a. O. S. 33. fg., und vorzüglich (auch wegen der Litteratur) Vangerow im civ. Arch. XXV. 14., sodann Mühlenbruch a. a. O. S. 204...218. Löhr in Linde's Ztschr. n. F. VII. 3. Huschke das. IX. 2. Wolff de transmissione Theodosiana diss. inaug. Marburgi 1853. Vgl. auch Schäffer's Arch. II. S. 504. fg. Seuffert's Arch. II. 311. V. 33. VI. 233. VII. 70. — Streitig ist namentlich, von andern weniger erheblichen Punkten abgesehen, a) ob diese Transmission nicht auch

stattfinde, wenn die Eingesetzten schon vor dem Tode des Testators (Löhr, Sint. §. 204. not. 9.), oder b) erst nach der Testamentseröffnung gestorben sind (Löhr, Huschke, Puchta §. 503. Sint. Wolff S. 27. fg.)? c) ob nur, wenn ein Descendent pro parte, nicht ex asse eingesetzt ist (Huschke)? d) ob auch, wenn die Descendenten des Eingesetzten dessen Erbschaft ablehnen (Puchta, Löhr, Sint., Vang.)? e) ob sie auch bei der Intestaterbfolge anzunehmen sey (Puchta §. 503. a. E. Wolff S. 38. fg.)? f) ob und wiefern sie auch anwendbar sey, wenn die eingesetzten Descendenten sui heredes sind (Wolff S. 31. fg.)? Die Beantwortung dieser Streitfragen hängt großentheils von der Ansicht über den historischen Zusammenhang und ursprünglichen Zweck der Constitution ab: ob diese α) eine stillschweigende Substitution der entfernteren Descendenten anordnen wollte (Löhr)? oder β) wie die Meisten annehmen, durch die Bestimmungen der lex Papia Poppaea veranlaßt war, wornach regelmäßig ein ex parte eingesetzter Erbe die Erbschaft nicht ante apertas tabulas testamenti antreten, also, wenn er früher starb, dieselbe nicht als schon erworbene auf seine Erben transmittiren konnte. (Ulp. XVII. 1. XXIV. 31. cf. L. 1. §. 4. D. de iur. et facti ignor. 22. 6. L. 21. in f. D. de cond. et dem. 35. 1. L. 3. Cod. de iure delib. 6. 30. L. un. §. 5. Cod. de cad. toll.)? oder γ) nur die Beseitigung gewisser Beschränkungen oder Einwendungen gegen eine schon früher behauptete Transmission zu Gunsten der Descendenten bezweckte (Huschke)? oder d) überall den entfernteren Descendenten ihren natürlichen Anspruch auf den Nachlaß der Großältern erhalten wollte, wo jenen das ihren zunächst berufenen Aeltern Bestimmte durch Vereitelung des Erwerbs derselben nach damaligem Recht entgangen wäre, indem nun dieser Erwerb dennoch zu ihrem Vortheil als geschehen behandelt werden sollte, selbst in dem Falle, wo die Eingesetzten nach der lex Pap. Popp. noch nicht hatten erwerben können (Wolff S. 11. fg.)? — Unrichtig scheint es jedenfalls, wenn man die Worte *licet non sint invicem substituti* gewöhnlich von der Substitution der entfernteren Descendenten versteht; sie sind vielmehr von gegenseitiger Substitution aller Eingesetzten zu verstehen, wodurch man die Anwendung der lex Pap. Poppaea de caducis auszuschließen pflegte. Vgl. Wolff S. 17. fg.

§. 515.

3) Sog. transmissio Justinianea.

Wenn der Berufene vor Ablauf eines Jahres, nachdem ihm die Berufung kund geworden, oder, falls er sich eine Ueberlegungsfrist erbeten hat, vor Ablauf dieser Frist, aber auch noch innerhalb jenes Jahres gestorben ist, ohne sich über Annahme oder Ablehnung der Erbschaft erklärt zu haben, so können seine Erben noch innerhalb der übrigen Zeit des Jahres, beziehungsweise der Ueberlegungsfrist, aber jedenfalls doch nur innerhalb jenes Jahres, anstatt ihres Erblassers die Erbschaft antreten [1]. Auch durch testamentarische Festsetzung einer Antretungsfrist kann diese Transmission auf eine

kürzere Zeit eingeschränkt, nicht aber über das Jahr hinaus erstreckt werden [2].

Anm. [1] Diese Transmission beruht auf einem Gesetz Justinian's vom J. 529., L. 19. Cod. h. t. 6. 30. Quum in antiquioribus legibus et praecipue in quaestionibus Julii Pauli invenimus, filiosfamilias paternam hereditatem deliberantes posse et in suam posteritatem transmittere, et aliis quibusdam adiectis, quae in huiusmodi personis praecipua sunt, eam deliberationem et in omnes successores, sive cognatos sive extraneos, duximus esse protelandam. Ideoque sancimus: si quis vel ex testamento vel ab intestato vocatus deliberationem meruerit, vel hoc quidem non fecerit, non tamen successioni renuntiaverit, ut ex hac causa deliberare videatur, sed nec aliquid gesserit, quod aditionem vel pro herede gestionem inducat, praedictum arbitrium in successionem suam transmittat, ita tamen, ut unius anni spatio eadem transmissio fuerit conclusa, et si quidem is, qui sciens, hereditatem sibi esse vel ab intestato vel ex testamento delatam, deliberatione minime petita intra annale tempus decesserit, hoc ius ad suam successionem intra annale tempus extendat. Si enim ipse, postquam ei testamentum fuerit insinuatum vel ab intestato vel aliter ei cognitum sit heredem eum vocatum fuisse, annali tempore translapso nihil fecerit, ex quo vel adeundam vel renuntiandam hereditatem manifestaverit, is cum successione sua ab huiusmodi beneficio excludatur. Sin autem instante annali tempore decesserit, reliquum tempus pro adeunda hereditate suis successoribus sine aliqua dubietate relinquat, quo completo nec heredibus eius alius regressus in hereditatem habendam servabitur. — Bestritten ist a) daß auch in dem Falle, wenn eine längere Ueberlegungsfrist gegeben ist, die Transmission auf das Jahr eingeschränkt sey. Steppes S. 57. Puchta §. 504. Dagegen Vangerow im civ. Arch. XXIV. 5. S. 170. fg. Mühlenbruch Bd. 41. S. 322. fg. b) ob diese Delation nicht auch stattfinde, wenn der Berufene ohne Kenntniß von der Berufung gestorben ist? Vang. a. a. O. S. 178. fg. Dagegen Mühlenbruch Bd. 43. S. 219. fg. Puchta §. 504. not. m. k. „In der unglossirten Nov. 158. wird freilich die transmissio iustinianea auf den Fall, wenn der Delat in der Kindheit, also handlungsunfähig, verstarb, angewendet, und zugleich das Jahr vom Tod des Erblassers an gerechnet. Das Letztere enthält eine Abweichung von dem Grundsatz der L. 19. cit., und dies mag wohl berechtigen, auch das erste, also überhaupt die Anwendung des Gesetzes auf diesen Fall, für Willkür zu erklären."

[2] Ungegründet ist die Meinung, daß die Transmission hier ganz ausgeschlossen sey. Mühlenbruch Bd. 41. S. 326 S. dagegen Vangerow a. a. O. S. 194. Mühlenbruch Bd. 43. S. 224.; L. 72. D. de adquir. hered. 29. 2. steht dem nicht entgegen. Vgl. zu Anm. 1. 2. Wieding, die Transmission Justinian's. Leipzig 1859.

§. 516.

4) Sog. transmissio ex capite in integrum restitutionis.

War der Berufene in dem Falle, daß er gegen Versäumung des Erwerbs der Erbschaft Wiedereinsetzung in den vorigen Stand

erlangen konnte, so kann diese auch noch von seinen Erben innerhalb der Restitutionsfrist erwirkt werden [a]. Aber auch wenn der Berufene selbst vom Erwerbe noch nicht ausgeschlossen, jedoch bis zu seinem Tode daran durch einen Umstand gehindert war, der für ihn, wenn ihn deshalb jener Rechtsverlust betroffen hätte, einen genügenden Restitutionsgrund abgäbe, so können nunmehr seine Erben noch, gleichwie im ersten Falle, zur Erbschaft gelangen. So ist namentlich anerkannt, wenn der Berufene durch Abwesenheit in Staatsgeschäften anzutreten verhindert war [b], und wenn gewisse rechtliche Hindernisse die Antretung verzögert hatten [c].

Anm. Ueber die verschiedenen Ansichten, insbesondere über die Frage, inwiefern hier eine wahre Transmission, und inwiefern namentlich ex capite in integrum restitutionis, anzuerkennen, sodann in wiefern eine analoge Anwendung der ausdrücklich entschiedenen Fälle zulässig sey? vgl. vorzüglich Marezoll in der Ztschr. II. S. 62. fg. Steppes a. a. O. S. 59. fg. Mühlenbruch Bd. 43. S. 157...199. Sint. §. 204. not. 4...12.

C. Gegenstand der Erwerbung. Anwachsungsrecht.

§. 517.

Die Erbschaft wird erworben, so wie sie deferirt worden ist. Durch Annahme eines Theils erwirbt der Berufene das Ganze, wozu er berufen ist [a], und wer auf mehrere gesonderte Erbtheile eingesetzt ist, erwirbt durch Annahme des einen sofort alle Erbtheile [b]. So wird auch der auf einen Theil bedingt, auf einen andern unbedingt oder unter einer andern Bedingung Eingesetzte nach Annahme des ursprünglich unbedingten oder zuerst durch Erfüllung der Bedingung unbedingt gewordenen Erbtheils durch Erfüllung der Bedingung des andern Erbtheils [1] von selbst zu beiden Theilen Erbe [c]; daher fällt auch dem Institutus, der zugleich einem Miterben substituirt ist, der Erbtheil des letzten von selbst zu, wenn der Substitutionsfall eintritt, nachdem er als Institutus Erbe geworden [d], und der bedingt Instituirte und zugleich einem Andern Substituirte, nachdem er in letzter Eigenschaft Erbe geworden, erwirbt, wenn

[a] L. 1. Cod. de restit. milit. 2. 51. cf. L. 6. D. de in int. rest. 4. 1. L. 86. pr. D. de adquir. hered. 29. 2. L. 24. §. 2. D. de minor. 4. 4. [b] L. 86. pr. D. cit. cf. L. 30. pr. eod. [c] Cf. α) L. 3. §. 30. L. 4. D. ad Sc. Silan. 29. 5. β) L. 4. §. §. 3. L. 5. D. de b. p. c. t. 37. 4. L. 84. D. de adquir. hered. 29. 2. γ) L. 12. D. de Carb. ed. 37. 10. δ) L. 6. §. 1. L. 42. §. 3. D. de bon. lib. 38. 2.

[a] L. 1. 10. D. h. t. 29. 2. [b] L. 80. pr. §. 1. eod. [c] L. 53. 76. pr. eod. [d] L. 35. pr. 76. pr. eod.

später die Bedingung seiner Institution in Erfüllung geht, von selbst mit Ausschließung anderer Miterben auch den Institutionserbtheil [e]. Aber immer wird vorausgesetzt, daß die Delation der verschiedenen Erbtheile eingetreten sey [f]; also der Eingesetzte die Erfüllung der Bedingung, d. i. im Fall der Substitution den Wegfall des Miterben erlebe [g]; der bedingte Erbtheil fällt nicht auch den Erben des Eingesetzten aus diesem Grunde zu, wenn die Bedingung erst nach dessen Tode erfüllt wird [2]. Wer übrigens den unbedingten Erbtheil ausgeschlagen hat, kann auch den bedingten nicht mehr erwerben [h], wenn gleich die Bedingung erst später in Erfüllung geht [3].

Anm. [1] Die Erfüllung dieser Bedingung wird vorausgesetzt, in so fern (und nur in so fern) deficiente conditione zu diesem andern Erbtheil ein Anderer (als Substitut oder Miterbe) berufen seyn würde; sonst ist durch den Erwerb des ersten Erbtheils sofort schon pendente conditione auch der des andern Erbtheils entschieden. L. 33. D. de hered. instit. 28. 5. L. 52. §. 1. L. 59. §. 6. D. h. t. 29. 2. vgl. Fuchs im civ. Arch. XXXIX. 10.

[2] Unbestreitbar ist dies, nach klarem Ausspruch der Quellen (not. f.), bezüglich der Substitutionsportion, und zwar auch bei der sog. substitutio reciproca aller Eingesetzten. In Ansehung eines anderswie bedingten Erbtheils beweist es L. 59. §. 6. cit. Si ita scriptum fuerit: *Titius ex parte tertia, Maevius ex parte tertia heredes sunto; Titius, si intra tertias Calendas navis ex Asia venerit, ex reliqua parte heres esto:* videamus, ne Titius statim ex semisse heres sit. Nam duo heredes instituti sunt; sed Titius aut ex semisse aut ex besse; ita sextans utique erit in pendenti, et si conditio extiterit, ex besse heres erit, si non extiterit, ille sextans Maevio adcrescet. Sed si decesserit Titius, antequam conditio existat, deinde conditio extiterit, tamen ille sextans non Titii heredi, sed Maevio adcrescet; nam cum adhuc dubium esset, Titio an Maevio is sextans datus esset, Titius decessit: nec potest intelligi datus ei, qui tempore dandi in rerum natura non fuit. Dem scheint zu widersprechen L. 53. pr. D. h. t. Qui ex duabus partibus heres institutus fuerit, ex alia pure, ex alia sub conditione, et ex pura institutione adierit et decesserit, *posteaque* conditio extiterit: ea quoque pars ad heredem eius pertinet. Man nimmt hienach als Regel an, daß der bedingte Erbtheil auch den Erben des Erben noch von selbst zufalle; Puchta §. 504. not. r. s.; und findet darin wohl auch einen Transmissionsfall, wobei man sich abmüht, den Widerspruch mit L. 59. §. 6. cit. zu lösen. Mühlenbruch Bd. 43. S. 150. fg. Der Schwierigkeit und Inconsequenz entgeht man durch eine leichte Textverbesserung: *posteaquam* statt

[e] L. 76. pr. cit. [f] L. 80. §. 1. in f. eod. [g] L. 81. eod. L. 23. 45. §. 1. D. de vulg. et pup. subst. 28. 6. L. 9. D. de suis et legit. 38. 16. — L. 59. §. 6. D. de hered. instit. 28. 5. cf. L. 53. pr. D. h. t. 29. 2. [h] arg. L. 2. D. h. t. 29. 2. L. 41. §. 4. D. de vulg. et pup. subst. 28. 6. L. 20. Cod. de iure delib. 6. 30. cf. Gai. II. 169.

posteaque, womit sich auch Vang. 6. Aufl. §. 498. S. 393. einverstanden erklärt. Dagegen bestreitet Fuchs a. a. O. die Nothwendigkeit dieser Emendation; er bezieht L. 53. pr. cit. auf denselben Fall, der in L. 33. D. 28. 5. (Anm. 1.) vorkommt, wenn ein Erbe allein und ohne Substituten auf einen Theil bedingt, auf einen andern unbedingt eingesetzt ist, und findet mit Rücksicht auf die Inscription (Gai. ad leg. Jul. et Pap.) in der Stelle nur eine Verneinung der Caducität des bedingten Erbtheils. Die Erklärung ist scharfsinnig, jedoch nach der Fassung der Stelle nicht befriedigend. Da in dem vorausgesetzten Fall die Erfüllung der Bedingung ganz irrelevant war, so würde Gaius, wenn er ihn vor Augen hatte, diese gewiß nicht in schleppendem Nachsatze besonders erwähnt, sondern gesagt haben: *et pendente conditione decesserit;* denn er theilt hier nicht einen concreten Rechtsfall mit, sondern stellt einen theoretischen Satz auf. Mit der Lesart *posteaquam* und bezogen auf den Fall, wenn noch andere Erben mit eingesetzt sind, ist dieser Satz bedeutend genug, sowohl nach seinem positiven als nach seinem negativen Inhalt, daß es nehmlich nur darauf, aber darauf auch wesentlich ankomme, ob der Eingesetzte die Erfüllung der Bedingung erlebe, nachdem er den unbedingten Erbtheil erworben hatte, und zwar konnte der Satz auch sehr wohl in dem Commentar zur Lex Jul. et Pap. Popp. seinen Platz finden, um nehmlich die Caducität des Erbtheils zu verneinen, der zwar deferirt, aber nicht speciell angetreten war. Uebrigens würde das Fragment in der Fassung gewinnen, wenn man lesen dürfte: *adierit, si decesserit, posteaquam* u. s. w.

[3] In der ersten Ausgabe wurde, ausgenommen für den Fall wechselseitiger Substitution der Eingesetzten, das Gegentheil behauptet, arg. L. 76. §. 1. D. h. t. (Iavolen.) Item si tu sextantis, ex quo institutus esses heres, omiseris *aditionem*, numquid dubitas, quin ex substitutione adeundo Titianae partis habiturus partem esses? Respondit: non dubito, quin si prima institutione adeundo heres esse possim, in potestate mea sit, quam partem hereditatis aut amittere velim aut vindicare. Allein diese Stelle ist nicht von dem Fall der erklärten Ablehnung des Institutionserbtheils zu verstehen, sondern von der bloßen Versäumung der Antretung desselben (nach älterem Recht der Cretio), und sehr wahrscheinlich ist, daß *aditionem* interpolirt ist für *cretionem.* cf. Gai. II. 164. sq. 174. sq. Leist observationes ad fr. 76. §. 1. D. de acquir. vel. om. hereditate. Jenae 1843. 4°.

§. 518.

Der Erwerb desjenigen, der zu einem Theil Erbe geworden, erstreckt sich von selbst auch auf jeden Erbtheil, der durch Wegfall eines mit ihm Eingesetzten oder gesetzlich Berufenen frei wird [a], wozu aber vorausgesetzt wird, daß weder durch Transmission noch durch Substitution noch auch wegen Unwürdigkeit (§. 520.) ein

[a] L. 3. §. 9. L. 4. 5. D. de b. p. 37. 1. L. 9. D. de suis et legit. 38. 16. L. un. Cod. quando non petentium partes petentibus accrescant 6. 10. cf. L. 2. D. si pars hered. pet. 5. 4.

Anderer an des Weggefallenen Stelle trete [1]. Der freigewordene Erbtheil wächst den wirklich Erbenden oder deren Erben [b] zu (accrescit, daher ius accrescendi), als ob der Erbtheil des Weggefallenen von Anfang an nicht vergeben gewesen wäre, daher zunächst den mit jenem zu einem gemeinschaftlichen Erbtheil [2] eingesetzten [c] oder bei der gesetzlichen Erbfolge den mit ihm zu demselben Stamm oder derselben Linie gehörenden Erben [d], und denjenigen, deren Erbrecht gesetzlich auf ein bestimmtes höchstes Maß beschränkt ist, nur bis zu dessen Erreichung [e]; und zwar geschieht dies von selbst und unabweislich [f], was jedoch in dem Falle eine Ausnahme erleidet, wenn der Erbtheil durch Abstinenz [g] oder durch Restitution gegen den Erwerb [h] frei geworden ist [3]. Bei der testamentarischen Erbfolge beruht dieses Anwachsungsrecht auf dem Grundsatze des §. 470.; daher findet es bei der Beerbung aus einem Soldatentestament nicht statt, sofern es hier nicht durch den Willen des Testators begründet ist [i].

Anm. [1] Baumeister, das Anwachsungsrecht unter Miterben nach R. R. Tübingen 1829. Mayer, das Recht der Anwachsung bei dem testament. und gesetzl. Erbrechte und bei Legaten und Fideicommissen. Tübingen 1835. Witte im Rtslex. 1. S. 270. fg. Mühlenbruch Bd. 43. S. 243. fg. Vgl. Rudorff, über die caducorum vindicatio, in der Ztschr. f. gesch. Rtsw. VI. 6. — Manche behaupten, auch durch die successio graduum (§. 478.) werde das Anwachsungsrecht ausgeschlossen. So besonders Francke Beitr. Nr. 8. Mayer und Witte a. a. O. Siehe dagegen u. a. Baumeister S. 39. fg. Büchel Erörtr. II. 2. S. 82. fg. Vang. § 420. Mühlenbruch a. a. O. S. 270. fg.

[2] Also, wenn mehrere bezüglich eines Erbtheils re coniuncti oder re et verbis coniuncti sind (§. 494. Anm. 2.). Gegen die Meinung, daß auch von den blos verbis coniuncti dasselbe gelte, so wie daß es von den blos re coniuncti nicht gelte: s. Vang. §. 496. Mühlenbruch Bd. 43. S. 303. fg.

[3] Vgl. a) L. 55. D. h. t. Cum hereditate patris necessarius heres se abstineat, conditio coheredi sive suo sive extraneo defertur, ut aut totam agnoscat aut a tota recedat, et ita se abstinere potest propter alium, qui per suam personam non poterat. Si tamen creditores dicant, se contentos esse eius portione, quia non potest exonerari, nisi deferatur conditio, et alterius parte abstinere se creditores debent, ut eius actiones

[b] L. 9. cit. L. 26. §. 1. D. de cond. et dem. 35. 1. [c] L. 59. § 3. L. 63. 66. D. de hered. instit. 28 5. cf. L. 17. §. 1. eod. [d] L. 12. pr. D. de b. p. c. t. 37. 4 L. 5. §. 2. D. de coniung. cum emanc. lib. 37. 8. L. 5. §. 2. D. si tab. test. 38. 6. cf. § 479. [e] L. 6. pr. D. de b. p. c. t. 37. 4. cf. §. 481. 482. [f] L. 9. cit. L. 2. §. 8. D. de b. p. s. t. 37. 11. L. 31. 53. §. 1. D. de adquir. hered. 29. 2. L. un. §. 10. Cod. de cad. toll. 6. 51. [g] L. 38. 55. D. de adquir. hered. 29. 2. [h] L. 61. D. eod. cf. §. 519. [i] L. 37. D. de test. mil. 29. 1. cf. L. 3. Cod. eod. 6. 21.

ei, qui convenitur, dentur. Jedoch L. 38. eod. si ... alter, posteaquam prior abstinuit, immiscuit se, dicendum est, hunc non posse recusare quominus tota onera hereditaria subeat. b) L. 61. eod. Si minor annis posteaquam ex parte heres extitit, in integrum restitutus est, Divus Severus constituit, ut eius partis onus coheres suscipere non cogatur, sed bonorum possessio creditoribus detur. — Schmidt (von Ilmenau) civ. Abh. I. S. 63. fg. „von dem Anwachsen eines erworbenen und wieder aufgegebenen Erbtheils." Mühlenbruch Bd. 42. S. 366. fg. Bd. 43. S. 131. fg. Puchta de adcrescente portione eius, qui praetoris auxilio ab hereditate se abstinuit. Lipsiae 1842., in des Vf. kleinen civ. Schriften S. 552...562.

D. Aufhebung des Erbschaftserwerbes.

§. 519.

1) Durch den Willen des Erben.

Der Wille des Erben kann den Erwerb der Erbschaft wieder rückgängig machen 1) vermöge des beneficium abstinendi (§. 511.), 2) durch Nachsuchen der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Antretung oder bei dem Suus gegen die Einmischung in die Erbschaft, die z. B. wegen Minderjährigkeit erlangt werden kann [a], oder wegen erlittenen Zwangs zur Antretung [b], nicht leicht wegen bloßen Irrthums über den Bestand der Erbschaft [c], zumal nach Justinianischem Recht der Erbe gegen die Gefahr wirklichen Verlustes bei Annahme der Erbschaft sich sicher stellen kann (§. 523.). Die Wirkung der ertheilten Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ist analog, wenn auch nicht durchweg gleich derjenigen der Enthaltung eines suus heres, wie rücksichtlich der Stellung des Restituirten selbst [d], so auch rücksichtlich der Möglichkeit des Eintritts nachfolgender Erben [e] und des Anwachsungsrechts für Miterben [f]. Hat ein Kind gegen den durch den Vater geschehenen Erwerb Restitution erhalten, so bleibt die Erbschaft dem Vater als ihm selbst erworbene [g].

Anm. Ueber die Restitution gegen den Erwerb der Erbschaft vgl. überhaupt Mühlenbruch Bd. 43. S. 116. fg. Betreffend die Frage, ob auch den

[a] §. 5. J. de hered. qual. 2. 19. L. 57. §. 1. D. de adquir. hered. 29. 2. L. 1. Cod. si minor ab hereditate se abstineat. 2. 39. [b] L. 21. §. 5. D. quod met. c. 4. 2. L. 85. D. de adquir. hered. 29. 2. [c] §. 6. J. l. c. cf. Gai. II. 163. [d] L. 7. §. 5. D. de minor. 4. 4. cf. L. 31. eod. L. 30. §. 10. 11. D. de fideicomm. lib. 40. 5. [e] L. 6. §. 3. D. de bon. lib. 38. 2. L. 1. §. 10. L. 2. §. 10. D. ad Sc. Tertull. 38. 17. L. 7. §. 10. D. de minor. 4. 4. cf. L. 2. D. de succ. ed. 38. 9. [f] L. 61. D. de adquir. hered. 29. 2. cf. §. 518. Anm. 3. [g] L. 8. §. 6. Cod. de bon. quae lib. 6. 61. cf. §. 508.

Nacherben dadurch die Erbschaft zugänglich werde, ist große Meinungsverschiedenheit hervorgerufen durch L. 2. D. de succ. ed. 38. 9. Inferioris gradus cognatus beneficium edicti successorii non habuit, cum prior ex propria parte possessionem accepisset. Nec ad rem pertinuit, quod abstinendi facultatem ob auxilium aetatis prior cognatus acceperat. Igitur fisco vacantia bona recte deferri placuit. Witte im Rtslex. I. S. 868. Arndts das. IV. S. 23. Puchta §. 506. not. b. c. Mühlenbruch Bd. 42. S. 377. fg. Bd. 43. S. 131. fg.

§. 520.

2) Ohne Willen des Erben. Ereption.

Ohne Willen des Erben kann der Erwerb rückgängig oder vereitelt werden:

1) durch Eintritt eines Endtermins oder einer auflösenden Bedingung beim Soldatentestament, und zwar hier mit der Wirkung, daß nun von da an die Erbschaft auf einen andern übergeht [a];

2) durch Recission des Testaments, kraft dessen die Erbschaft erworben war [b];

3) durch eines vorberufenen Erben Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Ablehnung der Erbschaft, kraft deren nun dieser die Erbschaft wieder an sich zieht [c];

4) durch Entreißung der Erbschaft wegen Unwürdigkeit des Erben von Seiten eines dazu Berechtigten [d]. Aus verschiedenen Gründen nämlich, hauptsächlich wegen Verletzung der Achtung und Dankbarkeit gegen den Erblasser, können Erbschaften wie Vermächtnisse dem Berufenen als Unwürdigen entzogen werden, entweder durch den Fiscus oder durch bestimmte andere Personen. Hat der Unwürdige die Erbschaft angetreten, so bleibt er zwar strenge genommen Erbe, und er kann auch nicht Aufhebung des Rechtsverlustes verlangen, der ihm durch Confusio verursacht worden ist, ausgenommen wenn er aus entschuldbarem Irrthum angetreten hatte [e]: in der That aber wird er durch die Ereption des erbschaftlichen Vermögens verlustig [f]. Indessen ist das Recht der Entreißung nur durch die Berufung, nicht durch den Erwerb des Unwürdigen

[a] L. 15. §. 4. L. 41. pr. D. de test. mil. 29. 1. cf. §. 495. L. 19. §. 2. D. l. c.
[b] L. 21. §. 2. D. de inoff. test. 5. 2. [c] L. 1. 2. Cod. si ut omissam hereditatem vel bonorum possessionem vel quid aliud adquirat. 2. 40. L. 2. Cod. si min. ab hered. 2. 39. [d] Dig. de his quae ut indignis auferuntur. 34. 9. Cod. de his quibus ut indignis hereditates auferuntur et ad Sc. Silanianum. 6. 35. [e] L. 8. 17. 18. §. 1. D. h. t. 34. 9. L. 29. §. 1. 2. D. de iure fisci. 49. 14. [f] L. 18. D. h. t. 34. 9.

bedingt, damit es nicht von dessen Willkür abhänge[g]: daher kann dasselbe auch gegen einen Andern geltend gemacht werden, wenn der Unwürdige die Erbschaft ausgeschlagen und jener darauf, ohne selbst zur Exeption berechtigt zu seyn, als Nacherbe dieselbe angetreten oder als Miterbe vermöge des Anwachsungsrechts den Erbtheil an sich genommen hat.

Anm. Wegen Unwürdigkeit verliert die Erbschaft:

1) zum Vortheil des Fiscus:

a) wer den Tod des Erblassers durch Absicht oder Fahrlässigkeit verschuldet hat. L. 3. D. h. t. L. 10. Cod. h. t.

b) wer es unterläßt, die Untersuchung gegen den Mörder des Erblassers zu bewirken, ausgenommen wenn er minderjährig ist. L. 6. 7. Cod. h. t. L. 21. D. h. t. L. 15. D. ad Sc. Silan. 29. 5.

c) wer beim Leben des Erblassers ohne dessen Zustimmung über die Erbschaft einen Vertrag geschlossen hat. L. 2. §. 3. D. h. t. L. 29. §. 2. L. 30. D. de donat. 39. 5. cf. §. 470. Anm. 3.

d) wer die Rechtsfähigkeit des Testators, durch dessen Willen ihm etwas hinterlassen ist, mit Unrecht bestritten hat. L. 9. §. 2. D. h. t.

e) wer den letzten Willen, wodurch er bedacht ist, als verfälscht, pflichtwidrig oder durch bonorum possessio contra tabulas angefochten, oder solche Anfechtung, ohne durch eine ihm obliegende Pflicht genöthigt zu seyn, unterstützt hat. L. 2. pr. L. 5. §. 1...19. L. 7. 15. 22. D. h. t. L. 18. §. 1. D. de b. p. c. t. 37. 4. L. 29. §. 1. D. de iure fisci. 49. 14. L. 6. Cod. ad leg. Corn. de fals. 9. 22.

f) wer den Erblasser böswillig an der Errichtung oder Aenderung eines letzten Willens gehindert hat und nun als Intestaterbe oder vermöge des unveränderten letzten Willens etwas erhält. L. 19. D. h. t. Dig. si quis aliquem testari prohibuerit. 29. 6. Cod. 6. 34. vgl. §. 491. Anm. 2.

g) wer sich gegen den Erblasser anheischig gemacht hat, das ihm Hinterlassene ganz oder zum Theil oder auch statt dessen etwas anderes an eine unfähige Person herauszugeben (fideicommissum tacitum); er verliert hier, was er restituiren sollte; jedoch ausgenommen das in der väterlichen Gewalt des Erblassers gestandene Kind. L. 10. 11. 18. 23. D. h. t. L. 17. §. 2. D. de usur. 22. 1. L. 3. §. 4. D. de iure fisci. 49. 14.

h) wer mit dem Erblasser wissentlich, nicht in der Minderjährigkeit, in verbotener Geschlechtsverbindung gelebt hat. L. 2. §. 1. L. 13. 14. D. h. t. L. 4. Cod. de incest. nupt. 5. 5. cf. L. 11. §. 1. D. de testam. mil. 29. 1.

i) der eingesetzte Erbe, hinsichtlich dessen der Testator, ohne das Testament oder die Erbeinsetzung wirklich aufzuheben, seinen Willen kund gegeben, daß er ihn nicht zum Erben haben wolle, z. B. auch durch Ausstreichen seines Namens oder durch Errichtung eines andern ungültigen Testaments, worin er denselben nicht eingesetzt hat. L. 12. 16. §. 2. D. h. t. L. 4. Cod. eod.

[g] L. un. §. 12. Cod. de cad. toll. 6. 51. L. 25. §. 1. D. h. t. 34. 9.

k) derjenige, der vom Testator als sein Kind eingesetzt worden, nach dessen Tode aber für untergeschoben erkannt wird. L. 46. pr. D. de iure fisci. 49. 14. cf. §. 491. Anm. 1.

l) der Pupillarsubstitut, welcher nach dem Tode des Kindes die Mutter mit Unrecht der Unterschiebung desselben anklagt, um als nächster Verwandter dessen Vater ab intestato zu beerben. L. 16. pr. D. h. t. — Das R. R. enthält zudem noch einen jetzt unpraktischen Fall nach dem Sc. Silanianum. L. 5. §. 2. L. 8. §. 1. L. 27. D. de Sc. Silan. 29. 6. L. 3. Cod. h. t.

2) zum Vortheil anderer Personen:

a) wer eine Auflage des Erblassers ein Jahr lang, nachdem er durch richterliche Verfügung zur Erfüllung aufgefordert ist, unerfüllt läßt; er verliert das ihm Hinterlassene (jedoch als Pflichttheilsberechtigter nur bis zum Pflichttheil) zunächst an den Substituten, dann der Reihenfolge nach an Miterben, Universalfideicommissare, Legatare, Intestaterben nach der Ordnung der Intestaterbfolge, nur mit Ausnahme der enterbten, überall vorausgesetzt, daß sie sich zur Erfüllung der Auflage anheischig machen, endlich an jeden Andern, der diese Bedingung erfüllt, und, wenn sich keiner findet, an den Fiscus. nov. 1. cap. 1. 4. cf. cap. 2. §. 2. ibid.

b) wer die ihm vom Erblasser aufgetragene Erziehung eines unmündigen Kindes ablehnt; er verliert den ihm deshalb hinterlassenen Erbtheil an die Miterben, wie ein Vermächtniß zum Vortheil des damit Beschwerten. L. 1. §. 3. D. ubi pup. ed. 27. 2.

c) wer, im Testament zum Vormund ernannt, sich excusirt; er verliert das ihm Hinterlassene an diejenigen, welche es ohne diese Anordnung haben würden, wofern nicht die Absicht des Testators, ihm dasselbe nichtsdestoweniger zuzuwenden, bewiesen wird; L. 5. §. 2. D. h. t. L. 28. §. 1. L. 32…36. D. de excus. 27. 1. L. 25. Cod. de legat. 6. 37.; desgleichen

d) wer die ihm aufgetragene Besorgung des Begräbnisses des Erblassers unterläßt. L. 12. §. 4. D. de religios. 11. 7.

e) der Erbe, der sich der Pflege des wahn- oder blödsinnigen Erblassers auf ergangene Aufforderung nicht unterzogen hat, an dessen Statt der Verpfleger des Erblassers die Erbschaft oder den Erbtheil erlangt. nov. 115. cap. 3. §. 12. cf. §. 482. Anm. 2.

f) Kinder und Aeltern, welche ihre Aeltern oder Kinder, desgleichen sonstige Erben, welche wissend, daß sie dessen testamentarische oder gesetzliche Erben seyn werden, den Erblasser in feindlicher Gefangenschaft gelassen haben, ohne ihn loszukaufen, falls sie wenigstens 18 Jahre alt waren, und der Erblasser in der feindlichen Gefangenschaft und Unfähigkeit, ihr liebloses Betragen selbst zu bestrafen, gestorben ist; die Erbschaft soll hier an die Kirche des Geburtsortes des Erblassers fallen und von dieser zum Loskauf anderer Gefangenen verwendet werden. nov. 115. cap. 3. §. 13. cap. 4. §. 7.

g) wer die Erbittung einer Vormundschaft für den Erblasser pflichtwidrig versäumt hat; er verliert seine Erbansprüche zum Vortheil der sonst berufenen Erben. §. 446. not. d. Eben so endlich

h) Geschwister, als Intestaterben, wenn sie dem Erblasser nach dem Leben

getrachtet, denselben peinlich angeklagt oder böswillig ihm einen Vermögensverlust zu bereiten gesucht haben. nov. 22. cap. 47. pr.

IV. Rechtsverhältniß der Erben.

§. 521.

A. Im Allgemeinen.

Durch den Erwerb der Erbschaft geht die Gesammtheit der Vermögensverhältnisse des Erblassers auf den Erben über, und zwar [a] auch dann, wenn er erst nach einer Zwischenzeit die Erbschaft angetreten, in gleichem Umfang, als ob er unmittelbar im Zeitpunkt des Todes des Erblassers in dessen Stelle getreten wäre, indem nach §. 465. durch die in der Zwischenzeit die Person des Erblassers darstellende Erbschaft der Uebergang auf den Erben vermittelt wird [1]. Der Erbe ist nunmehr und von jetzt an vollkommen Subject aller einzelnen in der Erbschaft begriffenen Vermögensverhältnisse (§. 464.), nicht anders, als ob sie mit demselben Inhalt auf andere Weise für ihn begründet wären, so daß also alle erbschaftlichen Verhältnisse von selbst Bestandtheile des Vermögens des Erben geworden sind [2]. Eine nothwendige Folge davon ist, daß die zuvor zwischen dem Erblasser oder der Erbschaft und dem Erben selbst bestandenen Schuldverhältnisse, und eben so die dinglichen Rechte, welche zuvor dem Erben an Sachen des Erblassers oder diesem an Sachen des Erben zustanden, durch Confusion erloschen sind [b]. Nach dem Tode des Erben aber bildet das ganze Vermögen desselben mit Inbegriff der erworbenen Erbschaft wiederum nur Eine Erbschaft [c]. Aber die Repräsentation des Erblassers durch den Erben ist gleichwohl ein dauerndes Verhältniß [3], und so kann auch die Unterscheidung der Erbeseigenschaft in der Person des Erben von dessen sonstiger vermögensrechtlicher Persönlichkeit nachher noch in besonderen Beziehungen von Bedeutung seyn [d].

[a] L. 138. pr. L. 193. D. de R. J. L. 54. D. de adquir. hered. 29. 2. L. 28. §. 4. D. de stip. serv. 45. 3. cf. §. 465. [b] L. 2. §. 18. D. de hered. v. act. vend. 18. 4. L. 75. D. de solut. 46. 3. L. 21. §. 1. D. de lib. leg. 34. 3. — L. 18. D. de servit. 8. 1. L. 116. §. 4. D. de legat. I. cf. §. 194. not. c. d. 199. 200. 273. 389. not. c. [c] L. 10. §. 2. D. de vulg. et pup. subst. 28. 6. L. 7. §. 2. D. de adquir. hered. 29. 2. cf. L. 65. 70. D. de V. S. L. 194. D. de R. J. [d] L. 5. 21. §. 2. L. 71. pr. D. de fideiuss. 46. 1. L. 93. pr. §. 1. 3. D. de solut. 46. 3. L. 13. D. de duob. reis. 45. 2. cf. §. 273. 357. — L. 14. §. 13. D. de legat. I. L. 1. §. 15. D. ad leg. Falc. 35. 2. Gai. III. 84.

Anm. [1] L. 54. D. de acquir. hered. Heres quandoque adeundo hereditatem iam tunc a morte successisse defuncto intelligitur. Daher L. 38. pr. D. de R. J. Omnis hereditas, quamvis postea adeatur, tamen cum tempore mortis continuatur. Man hat in dem ersten Satze eine von der Fiction der in der Erbschaft fortdauernden Persönlichkeit wesentlich verschiedene Fiction der Rückbeziehung des Erbschaftsantritts finden wollen, die sogar mit jener im Widerspruch stehe und als die früher aufgestellte durch jene später verdrängt worden sey (Ihering) oder doch neben derselben in gewissen Beziehungen sich geltend mache (Scheurl), vgl. §. 465. Anm. 1. Man hat den Satz verstanden, als sage er: nach Antretung der Erbschaft sey es so anzusehen, als ob der Erbe schon zur Todeszeit angetreten habe, also damals schon wirklich Erbe geworden sey, und hat darauf auch den Ausspruch der L. 163. D. de R. J. gedeutet: Omnia fere iura heredum perinde habentur, ac si continuo sub tempus mortis heredes extitissent. Allein dieser drückt wesentlich nur eine nothwendige Consequenz der nach §. 465. anerkannten Einheit des Erblassers, der Erbschaft und des Erben als solchen aus oder ist vielmehr nur ein anderer Ausdruck der durch diese Einheit bewirkten Verknüpfung des Erben mit dem Erblasser, und zu keiner Zeit ist von den römischen Juristen eine Fiction früher geschehener Erbantretung oder die Rückbeziehung derselben in dem oben angedeuteten Sinne und mit den daraus consequent sich ergebenden Wirkungen anerkannt worden: arg. a) L. 9. §. 5. D. de pecul. 15. 1. L. 8. §. 1. D. de pecul. leg. 33. 8. L. 80. D. de legat. II. L. 40. D. de noxal. act 9. 4. L. 44. §. 2. L. 60. D. de furt. 47. 2. L. 1. §. 1. D. si is qui test. liber. 47. 4. b) L. 16. D. de O. et A. 44. 7. L. 15. pr. D. ad leg. Aquil. 9. 2. L. 1. §. 6. D. de iniur. 47. 10. L. 16. 18. §. 2. L. 28. §. 4. D. de stip. serv. 45. 3. L. 27. §. 10. D. de pact. 2. 14. c) L. 21. §. 1. D. de neg. gest. 3. 5. L. 11. §. 2. D. de acceptil. 46. 4. L. 77. D. de V. O. 45. 1. L. 9. D. de naut. foen. 22. 2. d) L. 1. §. 6. 7. D. de iniur. 47. 10. pr. J. de stip. serv. 3. 17. L. 16. D. de O. et A. 44. 7. e) L. 1. §. 11. D. quod legat. 43. 3. L. 7. §. 18. D. de pact. 2. 14. L. 25. 36. D. de solut. 46. 3. L. 3. pr. §. 1. D. de peculio. 15. 1. — Gut nachgewiesen ist dies von Alb. Koeppen, de vi, quam retro exerceat aditio hereditatis, commentatio. Jenae 1853. Vgl. dessen Schrift: die Erbschaft S. 123. fg., damit aber Bering in d. Heidelb. Jahrb. 1857. S. 689. fg.

[2] Darin besteht die sogenannte confusio bonorum, über welche man übrigens nicht selten ziemlich confuse Ideen gehabt hat. Vgl. §. 465. Anm. 2. a. E.

[3] Es ist als besonders wunderlich getadelt worden, daß man die vermögensrechtliche Person des Erblassers selbst mit dem Antritte der Erbschaft nicht wolle sterben lassen. Windscheid in d. krit. Ueberschau I. S. 194. fg. Aber wenn man jenen keineswegs unpassenden Ausdruck überhaupt gelten läßt, so ist auch die Anerkennung jener Fortdauer oder, wie man auch schon gesagt hat, Unsterblichkeit eine Nothwendigkeit, oder man müßte den Begriff der Erbschaft, ja des Erbeseyns mit dessen Verwirklichung als zerstört ansehen. Scheurl Beitr. I. S. 37. fg. Neuner, die institutio ex re certa, S. 4. Daß übrigens in

dieser oder jener Beziehung die alte Zusammengehörigkeit der erbschaftlichen Rechtsverhältnisse sich noch fortwährend geltend machen könne, erkennt auch Windscheid S. 197. an.

B. Verhältniß zu den Gläubigern.

§. 522.

1) Regel.

Vermöge der allgemeinen Repräsentation des Erblassers haftet der Erbe, ausgenommen wenn er Soldat ist [a], nun auch den Gläubigern desselben nach dem ganzen Betrage ihrer Forderungen; er ist Schuldner derselben, wie es der Erblasser war, also nicht blos, soweit die Erbschaft zu deren Befriedigung ausreicht [b]. Mit den Erbschaftsgläubigern können nun aber auch andere Gläubiger des Erben ebensowohl das durch die Erbschaft als das anderweitig ihrem Schuldner zugekommene Vermögen zum Zwecke ihrer Befriedigung in Anspruch nehmen.

2) Modifikationen der Regel.

§. 523.

a) Durch Inventarserrichtung [a].

Gegen den Nachtheil zu befürchtender Ueberschuldung der Erbschaft kann sich der Erbe dadurch sicher stellen, daß er, ohne Erbittung einer Ueberlegungsfrist antretend [1], die Errichtung eines genauen Vermögensverzeichnisses der Erbschaft in gesetzlich bestimmter Form und Zeit bewirkt [2], während dessen er von Seiten der Gläubiger und Vermächtnißnehmer weder durch Forderungs- noch durch Pfandklagen, deren Verjährung so lange stille steht, behelligt werden soll [b]. Dies ist das von Justinian eingeführte sog. beneficium inventarii. Es beschränkt die Haftung des Erben auf den Vermögensstand der Erbschaft, so wie dieser abgesehen von den rechtlichen Folgen der Erbantretung, namentlich von der dadurch bewirkten Confusio, und nach Abzug der Kosten der Inventarserrichtung wie anderer nothwendiger Auslagen, sich darstellt [c].

[a] L. 22. pr. §. 15. Cod. de iure delib. 6. 30. [b] L. 8. pr. D. de adquir. hered. 29. 2. cf. L. 10. Cod. de iure delib. 6. 30. L. 36. D. de bon. lib. 38. 2. §. 464. Anm. 3.

[a] L. 22. Cod. de iure delib. 6. 30. §. 6. J. de hered. qual. 2. 19. cf. nov. 1. cap. 2. [b] L. 22. §. 11. Cod. l. c. [c] L. 22. §. 9. Cod. l. c.

Der Erbe kann Gläubiger und Vermächtnißnehmer bezahlen, so wie sie sich melden, auch Sachen der Erbschaft zu dem Zweck verkaufen oder an Zahlungsstatt hingeben, und wenn so die Erbmasse erschöpft ist, so können die nichtbefriedigten Erbschaftsgläubiger nur die bezahlten Vermächtnißnehmer, nichtbefriedigte Pfandgläubiger insbesondere auch die ihnen nachstehenden Gläubiger, welche aus dem Verkaufe des Pfandes bezahlt sind oder dieses selbst an Zahlungsstatt bekommen haben, in Anspruch nehmen, nicht aber den Erben, noch diejenigen, an welche er Pfänder verkauft hat [d]. Doch kann der Erbe zum Eide darüber, daß er redlich inventarisirt habe (Manifestationseid), angehalten werden, und wird das Unterschlagene oder Verheimlichte zu doppeltem Werthe in Anschlag gebracht [e].

Anm. [1] Die Erklärung, cum beneficio inventarii anzutreten, ist nach L. 22. cit. nicht nothwendig, und hilft nicht, wenn die Inventur nicht in gehöriger Weise erfolgt. Die Erbittung einer Deliberationsfrist aber schließt das beneficium inventarii aus, obgleich auch dann der Erbe ein Inventar errichten muß, um den Nachtheil zu vermeiden, daß die Interessenten zum Schätzungseide zugelassen werden, und den Vermächtnißnehmern die quarta Falcidia nicht abgezogen werden darf. L. 22. §. 12...14. Cod. l. c. vgl. §. 509.

[2] Die Vorschrift des Gesetzes ist a) rücksichtlich der Zeit: die Errichtung des Inventars soll binnen 30 Tagen nach Kenntniß der Delation begonnen, binnen weitern 60 Tagen vollendet werden; wenn aber der Erbe nicht an dem Orte, wo der größere Theil der Erbmasse sich befindet, anwesend ist, soll ihm eine Jahresfrist vom Todestage an vergönnt seyn; b) rücksichtlich der Form: zur Errichtung des Inventars ist ein Notar beizuziehen, und nöthigenfalls sachverständige Schätzer; der Erbe soll das Inventar unterschreiben, mit Angabe des ganzen Vermögensbetrages und mit der Erklärung, daß alles redlich verzeichnet sey: kann er nicht schreiben, so soll er unter Zuziehung von Zeugen mit dem venerabile signum crucis unterzeichnen und ein anderer Notar den Namen beisetzen. L. 22. cap. 2. 3. Cod. l. c. Nach nov. 1. cap. 2. sollen auch die am Orte anwesenden Gläubiger und Vermächtnißnehmer oder deren Stellvertreter, und in deren Ermangelung drei am Orte ansässige Zeugen beigezogen werden. — Ueber die heutige Praxis, nach welcher alsbald nach dem Tode eine obrigkeitliche Versiegelung des Nachlasses einzutreten pflegt, bei der Inventarserrichtung aber obige Vorschriften nicht mehr genau beobachtet werden: vgl. Mühlenbruch a. a. O. Bd. 41. S. 355. fg. Seuffert §. 572. a. E. „die Rechtswohlthat des Inventars wird heutzutage dadurch geltend gemacht, daß der Erbe bei dem zuständigen Gericht erklärt, er trete die Erbschaft nur cum beneficio inventarii an, worauf sodann der Richter die Errichtung des Inventars, sowie die Befriedigung der Gläubiger und die Auseinandersetzung der Verlassenschaft überhaupt von Amtswegen besorgt."

[d] L. 22. §. 4...8. l. c. [e] L. 22. §. 10. l. c.

§. 524.

b) Durch Gütertrennung [a].

Gläubiger der Erbschaft und Vermächtnißnehmer können, um den Nachtheil der Concurrenz mit andern Gläubigern des Erben zu vermeiden, die Scheidung der Erbschaft von anderm Vermögen des Erben begehren [b], welche darauf causa cognita durch richterliches Decret gewährt wird [c]. Sie erlangen dadurch das Recht, vor andern Gläubigern des Erben aus dem Vermögen der Erbschaft Befriedigung zu suchen [1], verlieren aber das Recht, auch anderes Vermögen des Erben, wenn gleich dieser nicht das beneficium inventarii erworben hat, noch in Anspruch zu nehmen [d]. Ausgeschlossen ist solche Gütertrennung 1) nach Ablauf von fünf Jahren seit der Erbantretung [e], 2) wenn sie wegen Vermischung mit den Gütern des Erben nicht mehr auszuführen ist [f], 3) bezüglich der von diesem in gutem Glauben veräußerten Gegenstände [g], 4) für diejenigen Gläubiger, welche bereits den Erben irgendwie als ihren Schuldner thatsächlich angenommen haben, qui heredem secuti sunt [h]. Den Gläubigern des Erben wird solche Gütertrennung regelmäßig [i] nicht gewährt [2].

Anm. 1 Unbegründet ist die Meinung, daß sie dieses Recht von selbst haben, wenn der Erbe cum beneficio inventarii angetreten hat. Mühlenbruch Bd. 41. S. 378. fg.

2 Nam licet alicui adiiciendo sibi creditorem creditoris sui facere deteriorem conditionem (L. 1. §. 2. D. h. t.). Cf. a) §. 5. ibid.: an interdum etiam heredis creditores possunt separationem impetrare, si forte ille in fraudem ipsorum adierit hereditatem? . . . quod non facile admissum est. b) §. 6. ibid. Sed si quis . . . compulsus fuerit adire et restituere hereditatem, deinde non sit, cui restituat . . . quasi separatio quaedam praestetur.

§. 525.

c) Verpflichtung durch letztwillige Verfügung des Erblassers.

Durch den Erwerb der Erbschaft wird der Erbe zugleich quasi ex contractu verpflichtet, die ihm vom Erblasser auferlegten Verfügungen zu erfüllen, so weit dadurch einem Andern ein Recht

[a] Dig. de separationibus. 42. 6. Cod. de bonis auct. iud. poss seu venund. et de separationibus bonorum. 7. 72. [b] L. 1. pr. §. 1. L. 6. pr. D. h. t. cf. L. 1. §. 16. eod. [c] L. 1. pr. §. 14. eod. L. 2. Cod. h. t. [d] L. 1 §. 1. 3. 17. L. 5. D. eod. cf. L. 4. §. 1. L. 6. pr. eod. [e] L. 1. §. 13. eod. [f] L. 1. §. 12. eod. [g] L. 2. eod. [h] L. 1. §. 10. 11. 15. 16. eod. cf. L. 7. eod. L. 2. Cod. h. t. [i] L. 1. §. 2. D. eod.

erworben wird [a]. Diese Verpflichtung erstreckt sich nicht über den Bestand der Erbschaft hinaus [b], daher die Gläubiger der Erbschaft von den Vermächtnißnehmern auf Befriedigung aus dieser Anspruch haben [c]. Der Erbe aber kann sich nur dann auf die Unzulänglichkeit der Erbschaft berufen, wenn er sie durch ein gehöriges Vermögensverzeichniß belegt [d].

Anm. Durchaus ungegründet ist die Meinung (Mühlenbruch §. 709. not. 5.), daß, wenn keine separatio bonorum erwirkt sey, auch des Erben eigene Gläubiger, gleich denen der Erbschaft, vor den Vermächtnißnehmern einen Vorzug haben. Vgl. Arndts im Rtslex. IV. S. 22.

C. Rechtsverhältniß der Miterben.

§. 526.

1) Theilung der Erbfolge.

Sind mehrere zusammen Erben geworden, so repräsentirt jeder einzelne den Erblasser nur pro parte, und treten also die angegebenen Wirkungen des Erwerbes der Erbschaft (§. 521...524.) für jeden nur nach Verhältniß seines Erbtheils ein. Forderungen und Schulden der Erbschaft werden von selbst nach diesem Verhältniß unter den Miterben getheilt [a]; das Eigenthum aller einzelnen Erbschaftsachen theilt sich unter sie als Miteigenthümer [b]. So treten denn auch die Wirkungen der Confusio für jeden pro parte ein [c]. Jedoch kann die Untheilbarkeit eines Rechts darin eine Modifikation bewirken [d].

§. 527.

2) Theilung der Erbmasse [a].

Unter Miterben besteht eine Gemeinschaft, vermöge deren jedem die Erbtheilungsklage [1], actio familiae erciscundae, zusteht [b].

[a] §. 5. J. de obl. quasi ex contr. 3. 27. (§. 242.). cf. L. 114. § 14. D. de legat. I. L. 38. §. 4. D. de legat. III. §. 74. 132. 495. [b] L. 1. §. 17. 18. D. ad Sc. Trebell. 36. 1. [c] L. 4. §. 1. L. 6. pr. D. de separat. 42. 6. L. 22. §. 5. in f. Cod. de iure delib. 6. 30. [d] Nov. 1. cap. 2. §. 1. 2.

[a] L. 6. Cod. fam. erc. 3. 36. cf. L. 25. §. 1. 9. D. eod. 10. 2. L. 14. Cod. de rei vind. 3. 32. [b] L. 1. pr. L. 20. §. 4. D. l. c. [c] L. 50. D. de fideiuss. 46. 1. cf. L. 6. pr. D. de usufr. accresc. 7. 2. L. 14. D. quib. mod. ususfr. am. 7. 4. [d] Cf. α) L. 30. §. 1. D. de s. p. u. 8. 2. L. 27. D. de s. p. r. 8. 3. L. 8. §. 1. D. de serv. 8. 1. (§. 194. not. c.). β) L. 17. D. eod. L. 25. §. 9. 10. D. fam. erc. 10. 2. L. 2. 85. D. de V. O. 45. 1. (§ 204. 211. not. i.).

[a] Dig. familiae erciscundae. 10. 2. Cod. 3. 36. cf. Cod. communia utriusque iudicii tam familiae erciscundae quam communi dividundo. 3. 38. [b] L. 1. 24. §. 1. D. h. t. cf. L. 25. §. 1. eod.

Sie setzt Anerkennung des Miterbrechts voraus, welche daher der Nichtbesitzende nöthigenfalls zuvor durch Erbschaftsklage (§. 531.) zu bewirken hat, während sie bei Anstellung der Klage von Seiten des Besitzenden als Präjudicialpunkt vorerst zu entscheiden ist [c]. Sie geht als duplex actio [d] 1) auf Theilung der erbschaftlichen Vermögensgegenstände, soweit sie gemeinschaftlich sind [e], und nicht, wie bei Urkunden [f] oder Erbbegräbnissen der Fall seyn kann, gemeinschaftlich bleiben sollen; 2) auf Ausgleichung der aus der Gemeinschaft hervorgegangenen gegenseitigen Rechtsansprüche [h]. Auf Forderungen und Schulden der Erbschaft erstreckt sich die Klage eigentlich nicht [i]; aber es können gleichwohl einzelne Forderungen oder Schulden zum Zwecke der Ausgleichung einem Miterben allein überwiesen werden, wodurch dieser rücksichtlich der Antheile der übrigen Erben im ersten Fall das Recht eines Cessionars erhält, im andern Fall die Miterben von ihrem Schuldantheil zu befreien verpflichtet wird [k]. Die Klage betrifft die ganze Erbschaft [l] und kann regelmäßig nur einmal angestellt werden [m]. Wegen mehrerer unter denselben Parteien gemeinschaftlicher Erbschaften [2] kann Eine Erbtheilungsklage stattfinden [n].

Anm. [1] Vgl. Heimbach, Art. Erbschaftstheilung im Rtslex. III. S. 947 ... 956. Zimmermann im civ. Arch. XXXIV. S. 192. fg. 323. fg.

[2] L. 25. §. 4. D. h. t. (not. n.) Si inter me et te Titiana hereditas communis sit, inter me autem et te et Titium Seiana, posse unum iudicium accipi *inter tres*, Pomponius scribit. Es ist zu lesen: *inter nos*.

3) Collationsverbindlichkeit [a].

§. 528.

Descendenten, welche zusammen einen Ascendenten beerben, es sey als Intestaterben [b] oder als Testamentserben [c], jedoch im letzten Falle nur, sofern sie ohne Testament gesetzliche Erben wären, sind

[c] L. 1. §. 1. L. 25. §. 2. L. 51. §. 1. eod. cf. L. 36. 37. eod. [d] L. 2. §. 3. eod. [e] L. 4. pr. L. 9. et sqq. L. 25. §. 6...8. L. 28...31. 45. pr. 54. eod. cf. L. 25. §. 1. L. 32. cod. L. 10. 21. Cod. h. t. L. 4. §. 1. 2. D. h. t. cf. §. 320. not. e. h...n. [f] L. 4. §. ult. L. 5. 6. cf. L. 8. D. h. t. [g] L. 30. in f. eod. L. 4. Cod. de religios. 3. 44. [h] §. 3. 4. J. de obl. quasi ex contr. 3. 27. §. 4. J. de off. iud. 4. 17. L. 16. §. 4...6. L. 22. §. 4. L. 25. §. 10...18. L. 44. §. 3...8. D. h. t. cf. §. 320. not. f. g. [i] L. 25. §. 1. D. h. t. L. 6. Cod. h. t. (§. 526.). [k] L. 2. §. 5. L. 3. D. eod. [l] L. 25. §. 20. eod. [m] L. 20. §. 4. eod. [n] L. 25. §. 3...5. eod.

[a] Dig. de collatione (bonorum). 37. 6. de dotis collatione. 37. 7. Cod. de collationibus. 6. 20. [b] L. 17. 18. Cod. h. t. [c] Nov. 18. cap. 6. cf. L. ult. Cod. comm. utr. iud. 3. 38.

einander verpflichtet, gewisse Vermögensgegenstände, welche ihnen schon vor dem Tode des Erblassers zugekommen und daher nicht Bestandtheile der Erbschaft sind, gleichwohl, als ob sie dazu gehörten, in die zu theilende Erbmasse einzuwerfen oder auf ihren Antheil sich anrechnen zu lassen. Dies ist Collation [1], wesentlich verschieden von dem Falle, wenn ein Miterbe dasjenige, was er dem Erblasser schuldete oder sonst von dessen Vermögen in Händen hat, an die gemeinschaftliche Erbmasse oder nach Verhältniß der Erbtheile an die einzelnen Miterben herausgibt [2]. Verpflichtet dazu, wie berechtigt sie zu fordern [3], sind alle und nur jene Descendenten [4], vorausgesetzt [d], daß sie Erben werden [5], und daß nicht der Erblasser ausdrücklich oder stillschweigend, durch Berücksichtigung des Einzuwerfenden bei der Bestimmung der Erbtheile oder durch erschöpfende Vertheilung des Erbvermögens unter den Erben, die Collation ausgeschlossen hat [e]. Doch geht Recht und Pflicht zur Collation nicht nur, wenn einmal begründet, auf die Erben über [f], sondern auch auf diejenigen, welche kraft der an einen Descendenten geschehenen Delation die Erbschaft des Ascendenten erwerben [g]. Auch müssen Enkel und Urenkel, welche anstatt ihres vorverstorbenen Parens erben, den miterbenden Descendenten conferiren [h], was jener als Miterbe zu conferiren gehabt hätte [6].

Anm. [1] Pfizer, über die Collation der Descendenten, Stuttgart 1807. (eine sehr weitläufige Schrift, deren Recension, in den Heidelb. Jahrb. 1808. II. S. 105...121., mit Recht lehrreicher genannt wird, als sie selbst). Francke civ. Abh. Nr. 4. Arndts, Art. Einwerfung im Rtslex. III. S. 809...848. Fein, das Recht der Collation. Heidelb. 1842. (vgl. v. d. Pfordten in d. krit. Jahrb. VIII. S. 865. fg.).

[2] Eine wahre Collation kommt im R. R. in folgenden Fällen vor:

a) Emancipirte mußten den sui heredes, mit welchen sie bei der bonorum possessio contra tabulas oder ex edicto unde liberi concurrirten, der Regel nach alles Vermögen conferiren, das sie vor dem Tode des Erblassers erworben hatten, sofern es, wenn sie in der Gewalt geblieben wären, ihnen nicht als eigenes Vermögen zustehen, vielmehr ebenso, wie gleiche Erwerbungen der sui heredes, zu der Erbschaft gehören würde. Darauf bezieht sich der tit. Dig. de collatione. 37. 6. Der Gegenstand dieser Collation beschränkte sich aber im Justinianischen Recht auf das, was den Emancipirten vom Erblasser selbst zugekommen war (sog. bona profectitia) und auf den Gewinn aus dem Frucht-

[d] L. 17. Cod. cit. cf. L. 1. pr. 3. pr. §. 5. D. h. t. 37. 6. L. 4. 5. Cod. h. t. L. 1. pr. L. 9. D. de dot. coll. 37. 7. [e] Nov. 18. cap. 6. cf. L. 39. §. 1. D. fam. erc. 10. 2. [f] L. 1. §. 8. L. 3. pr. D. h. t. 37. 6. [g] cf. §. 512...516. L. 1. §. 14. L. 5. pr. in f. D. h. t. 37. 6. L. 6. D. si tab. test. 38. 6. [h] L. 19. Cod. h. t.

genuß der sog. bona adventitia (§. 430. 432.), welches letzte jedoch streitig ist. Vang. 6. Aufl. II. S. 452. Vgl. L. 17. 21. Cod. h. t. Basil. XLI. 7. cap. 19. 36. Harmenopul. V. 8. §. 25. Nach der obgleich theoretisch ungegründeten, doch in der Praxis von jeher herrschenden Ansicht der meisten Rechtsgelehrten wird diese Collation der Emancipirten, namentlich in Folge der nov. 115. 118. für völlig beseitigt gehalten. Vgl. Fein S. 138. fg. Vang. S. 452. fg. gegen Francke S. 217. fg. und Arndts S. 821. fg.

b) Die Tochter oder Enkelin, welche als sua heres mit andern erbte, mußte diesen die Dos conferiren, auf deren künftige Restitution sie Anspruch hatte. Dig. de dotis collat. 37. 7. Dies beschränkte sich aber nach Justinianischem Recht auf die dos profectitia, und fiel nun diese Collation mit der unter c. vorkommenden zusammen. Es wurde nämlich

c) durch eine Constitution von Leo, L. 17. Cod. h. t., allen Descendenten als Intestaterben die Collation der vom Erblasser bestellten Dos und Donatio ante nuptias auferlegt, wobei die Voraussetzung zum Grunde lag, daß der Ascendent durch deren Bestellung nicht eine Begünstigung des damit ausgestatteten Descendenten vor andern beabsichtigt habe. Aus diesem Gesichtspunkte ist denn die Collationspflicht der Descendenten von Justinian noch erweitert und näher bestimmt (L. 19. 20. Cod. h. t.), und zuletzt durch nov. 18. cap. 6. auch bei testamentarischer Erbfolge anerkannt worden, und diese allein ist es, die als noch praktische im Text berücksichtigt ist. Die Bestimmungen über die ältern Collationsfälle (a. b.) finden darauf nur analoge Anwendung, soweit die Eigenthümlichkeit derselben diese nicht ausschließt.

3 Bei der Collation der Emancipirten und der ältern dotis collatio hatten nur diejenigen den Anspruch darauf, welche durch die Concurrenz des Collationspflichtigen in der Erbfolge beschränkt wurden. L. 1. §. 4. L. 2. §. 6. 7. L. 3. §. 6. 7. L. 7. 9. D. h. t. 37. 6. L. 1. pr. §. 13 . . . 18. D. de coniung. cum em. lib. 37. 8. L. 1. §. 2 . . . 4. D. de dot. collat. 37. 7. Diese Beschränkung ist bei der neuern Collation der Descendenten nicht statthaft; es haben darauf alle miterbenden Descendenten ein Recht, nach Verhältniß der Erbtheile, als ob das Conferendum noch zur Erbschaft gehörte. Arndts S. 835. fg. Fein S. 277. fg. Dagegen freilich mit andern Vang. S. 461.

4 Ob auch liberi naturales? Dagegen Fein S. 266. fg. Vang. II. S. 458.

5 Ob auch als heredes ex re certa? Neuner, die institutio ex re certa, S. 461. fg., gegen Fein S. 377. fg.

6 Streitig ist, ob diese Collationspflicht der Enkel nur insofern eintrete, als die Conferenda des Parens auch ihnen zugekommen sind? Fein S. 352. fg. Vang. S. 459.; dagegen Arndts S. 843. fg.; sodann ob Enkel das, was sie selbst vom Erblasser erhalten, nur dann zu conferiren haben, wenn sie es erst nach dem Tode ihres Parens erhielten? Pfizer §. 86. fg. Sint. III. S. 548. not. 20.; dagegen Arndts S. 544. Fein S. 362. fg. Vang. S. 460.

§. 529.

Gegenstand der Collation ist 1) die vom Erblasser einer Tochter oder Enkelin bestellte Dos, 2) die für einen Sohn oder Enkel von

demselben bestellte donatio propter nuptias, der man nach heutigem Recht die der Frau im Ehevertrage verschriebene Widerlage (Gegenvermächtniß) gleichstellt, 3) nach einer beständigen und in sich wohlbegründeten Praxis auch dasjenige, was der Erblasser einem Kinde zur Begründung und Ausstattung eines gesonderten Haushalts oder Geschäfts gegeben hat, 4) Schenkungen des Erblassers an die Kinder, wenn entweder a) dieselben mit der Bestimmung gegeben worden, daß sie auf den Pflichttheil angerechnet werden, oder b) dabei sonst die Absicht erklärt worden ist, daß sie conferirt werden sollen, was aber auch bei andern Zuwendungen zu gewissem Zweck der Fall seyn kann, oder c) ein anderer Descendent, der nicht auch einfache Schenkungen erhalten hat, eine Ausstattung nach 1 . . . 3. conferiren muß, während der Beschenkte eine solche nicht zu conferiren hat. Andere Gegenstände können zwar durch letztwillige Verfügung ebenfalls der Collation unterworfen werden; dies ist aber nach den allgemeinen Grundsätzen über letztwillige Auflagen zu beurtheilen.

Anm. [1] Die Bestimmungen unter 1. und 2. beruhen auf L. 17. Cod. h. t. von Leo, die unter 4. auf L. 20. eod. von Justinian. Das letzte Gesetz stellt übrigens als Regel auf, daß, was auf den Pflichttheil einzurechnen sey, auch conferirt werden müsse, und erwähnt insbesondere noch als Collationsgegenstand den Geldwerth der einem Descendenten vom Erblasser erkauften Militia. Diese kommt aber heutzutage nicht mehr vor, und aus jener Regel ist nicht etwa, gegen die Natur der Sache, abzuleiten, daß auch die einem miterbenden Descendenten hinterlassenen Vermächtnisse conferirt werden müssen. Vgl. Fein S. 207. fg. 235. fg. Arndts S. 828. 837. fg.

[2] Die früher herrschende Lehre stellte als Regel auf, daß alle einem miterbenden Descendenten vom Erblasser gemachten Zuwendungen (sog. profectitia) zu conferiren seyen, wovon dann nur mancherlei Ausnahmen gemacht wurden. Dies ist jetzt allgemein für unrichtig erkannt, vorzüglich nach Francke a. a. O. S. 219. fg.; vgl. Fein S. 250. fg. Diese, und mit ihnen Vang. S. 464., verwerfen auch die Collation des sog. subsidium paternum (unter Nr. 3.), die aber von Andern gleichwohl mit Rücksicht auf die constante, obwohl durch theoretisch unrichtige Gründe gestützte Praxis noch anerkannt ist, z. B. Puchta §. 513. not. c. Sint. §. 189. not. 24. Seuffert §. 588. Die neueste Praxis jedoch schwankend: vgl. Seuffert's Arch. III. 349. IV. 127. 136. VII. 206. VIII. 276.

§. 530.

Die nach §. 529. der Collation unterworfenen Gaben brauchen doch nur insofern zur Erbtheilung eingebracht zu werden, als der Empfänger dadurch zur Zeit noch eine Bereicherung hat, falls nicht

durch seine Schuld d. i. durch Mangel der unter Miterben überhaupt zu prästirenden diligentia quam suis rebus, die Verminderung derselben verursacht ist [1]. Dagegen kommt andererseits auch der Zuwachs an gewonnenen Früchten und andere Accessionen in Rechnung. Verzugszinsen aber und Ersatz für versäumte Früchte können erst von der Zeit an gefordert werden, da der Collationspflichtige in Verzug gesetzt worden ist [2].

Die Collation selbst kann entweder durch Herausgabe der Collationsgegenstände zum Zwecke der Theilung oder durch anderweitige Vergütung nach ihrem Werthe, namentlich dadurch bewirkt werden, daß der Collationspflichtige sich den Werth derselben zu Gunsten der Collationsberechtigten auf seinen Erbtheil anrechnet oder an diese den entsprechenden Antheil hinauszahlt, wobei der Werth zur Zeit der Erbtheilung entscheidet, sofern nicht Culpa oder Mora des Collationspflichtigen eingreift [3]. Indessen kann auch für das wirkliche Einbringen vorerst eine Caution von Seiten des Collationspflichtigen eintreten. Erst dadurch erlangen die Berechtigten ein Mittel, die wirkliche Collation zu erzwingen, welcher sich jener bis dahin noch entziehen kann, wenn er auf die Geltendmachung seines Erbrechts verzichtet [4].

Anm. 1 Bei der Collation der Emancipirten hafteten diese bis zum Tode des Erblassers nur für Dolus, von da an auch für Culpa (levis culpa, die jedoch nach §. 320. 527. auf sog. culpa in concreto zu beschränken). L. 1. §. 23. L. 2. §. 2. D. de collat. 37. 6. Nach Analogie dessen behauptet jetzt Fein S. 313. fg., und nach ihm Sint. §. 189. not. 31. Seuffert (3. Aufl.) §. 587. not. 7., gegen die bisher herrschende Meinung, daß bei der Collation der Descendenten der Collationspflichtige bis zur Erbantretung nur für dolus und lata culpa, von da an für culpa levis in concreto einstehe, und finden dies durch nov. 97. cap. 6. bestätigt. Allein es ist a) ungegründet, bei der Collation der Emancipirten dem Dolus die lata culpa gleichzustellen, b) bedenklich, in diesem Punkt die Collation der Descendenten schlechthin nach deren Analogie zu beurtheilen, c) willkürliche Restriction, nov. 97. cap. 6. blos auf den Fall einer lata culpa zu beziehen, und d) nicht angemessen, die strengere Haftung erst von Zeit der Erbantretung anzunehmen, da nach dieser der Erbe iam tunc a morte successisse defuncto intelligitur. Vgl. übrigens noch Arndts im Rtslex. S. 840. fg.

2 Ueber die verschiedenen Meinungen in Betreff dieses Punktes, ob mora ex re oder ex persona stattfinde? L. 5. §. 1. D. de dot. collat. (Filia, quae soluto matrimonio dotem conferre debuit, moram collationi fecit: viri boni arbitratu cogetur usuras quoque dotis conferre, quum emancipatus frater etiam fructus conferat et filia partis suae fructus percipiat), cf.

L. 5. §. 1. D. de collat. bon. 37. 6. L. 2. §. 2. eod. vgl. Fein S. 321. fg. Arndts S. 841.

[3] Ueber das Recht der Wahl zwischen der Naturalcollation und der Werthvergütung (fingirter Collation), welches zwar nicht durch L. 1. §. 11. 12. D. h. t. 37. 6. oder L. 5. Cod. h. t. 6. 20. bewiesen, wohl aber in der Billigkeit (arbitratus boni viri) begründet und durch nov. 97. cap. 6. bestätigt ist, sodann über die Frage, nach welchem Zeitpunkte der Werth zu bestimmen sey, vgl. Fein S. 96. fg. 298. fg. Arndts S. 845. fg.

[4] Die Emancipirten sollten nach dem Edict der Collation wegen Caution leisten, und zwar mit Bürgen, satisdatio, statt deren aber auch Pfandbestellung genügen konnte; nur durch vollständige Verwirklichung der Collation wurde die Caution überflüssig: Aut enim re aut cautione facienda collatio est (sog. Real- und Cautionalcollation). L. 1. §. 9 ... 13. D. h. t. 37. 6. Sie wurden dazu indirect gezwungen, dadurch, daß ihnen sonst zu Gunsten der Collationsberechtigten die Geltendmachung ihres Erbrechts entzogen wurde. L. 1. §. 10. 13. L. 2. §. 8. 9. L. 3. pr. D. l. c. Erst durch die Caution wurde ein klagbarer Anspruch auf die Collation begründet, dem sich der Cavent nicht mehr entziehen konnte. L. 5. §. 1 ... 3. eod. cf. L. 3. §. 5. eod. Aehnlich so verhielt es sich bei der alten dotis collatio. L. 1. §. 7. 8. D. de dot. collat. L. 5. Cod. h. t. 6. 20. Vgl. Fein S. 86. fg. 164. fg. Arndts a. a. O. S. 812. fg. 825. Bei der neuern Collation der Descendenten ist nun in dieser Beziehung nichts anderes bestimmt, und so sind denn auch bei dieser noch dieselben Vorschriften anzuwenden. Fein S. 295. fg. Arndts S. 847. fg. Die herrschende Meinung freilich geht dahin, daß durch die Antretung der Erbschaft sofort eine vollkommene klagbare Collationsverbindlichkeit entstehe. Sint. §. 189. not. 4.

[5] Eine streitige Frage ist noch insbesondere, welchen Einfluß das beneficium inventarii (§. 523.) auf die Collationsverbindlichkeit ausübe? Vgl. Puchta §. 512. not. c. Fein S. 335. fg. Arndts S. 848.

E. Rechtlicher Schutz des Erbverhältnisses.

1) Die ordentliche Erbrechtsklage.

§. 531.

Um das Recht der Erbfolge gegen verletzende Eingriffe Anderer gerichtlich geltend zu machen, ist dem Erben eine dingliche Klage gegeben, die Erbschaftsklage [1], hereditatis petitio [a], eine Vindication des Erbrechts [b], gerichtet auf Anerkennung des durch den Erwerb der Erbschaft begründeten Rechtsverhältnisses der Repräsentation des Verstorbenen in Ansehung seiner Vermögensverhältnisse [2].

[a] Dig. de hereditatis petitione. 5. 3. Cod. de petit. hered. 3. 31. [b] L. 8. D. h. t. L. 19. in f. D. de inoff. test. 5. 2. L. 3. D. expil. hered. 47. 19. cf. L. 4. Cod. qui adm. ad b. p. 6. 9. L. 2. Cod. unde legitimi. 6. 15. L. 2. Cod. de succ. ed. 6. 16. L. 5. 9. Cod. commun. de succ. 6. 59.

Sie steht zunächst dem Erben und dessen Erben zu, dem Civilerben als civilis, dem prätorischen als possessoria hereditatis petitio [c], sowohl dem Theilerben als sog. partiaria h. p. [d], wie dem Alleinerben als sog. h. p. totalis oder universalis [3]. Sie findet gegen jeden statt, welcher das Recht der Erbfolge durch Vorenthaltung eines Gegenstandes, der dem Erben als solchem gebührt, sey es auch nur eine einzelne Sache oder sonst ein Vermögensvortheil, thätlich verletzt [e], indem er entweder selbst als Erbe oder gleich einem Erben Anspruch darauf zu haben behauptet, oder ohne allen Rechtsgrund dessen sich anmaßte [4]; auch gegen denjenigen, welcher aus Anlaß des Besitzes einer Erbschaftsache ein Klagrecht oder sonst etwas hat, das dem Erben abzutreten sich gebührt [f], oder welcher eigenmächtig eine im Nachlaß befindliche Sache, wenn auch als vorgeblicher Eigenthümer, an sich genommen hat [g], selbst eine Sache, deren Detention nur dem Erben zu erhalten ein rechtliches Interesse vorliegt [h], insbesondere auch gegen den Schuldner der Erbschaft, welcher aus dem Grunde, weil er sich selbst ein Recht auf diese beilegt, die Zahlung der Schuld vorenthält [i]. Sie geht zudem gegen denjenigen, qui dolo malo possidere desiit [k] oder liti se obtulit [l]. Die Theilerbrechtsklage insbesondere geht nicht nur gegen jeden Dritten, sondern auch gegen die besitzenden Miterben, sofern sie des Klägers Erbrecht nicht anerkennen [5], jedoch, wenn der Miterbe nur zu seinem Theile besitzt, während außerdem ein Nichterbe im Besitze ist, allein gegen diesen letzten [m].

Anm. 1 Vgl. Arndts, über das Wesen und den Umfang der hereditatis petitio, in den Beitr. I. S. 1...112., und Art. hereditatis petitio, im Rtslex. V. S. 207...238. Zimmermann im civ. Arch. XXIX. 6. 15.

2 Gegen eine abweichende Ansicht von Fabricius im Rh. Mus. IV. S. 165. fg. vgl. Arndts Beitr. a. a. O. Der hier ausgeführten und darnach fast allgemein als richtig angenommenen Ansicht ist freilich neuerdings wieder die scheinbar natürlichere entgegengestellt, daß die h. p. eine Vindication des Nachlasses als eines Ganzen, der sog. hereditas im objektiven Sinn, sey. H. Dernburg,

[c] Dig. de possessoria hereditatis petitione. 5. 5. [d] Dig. si pars hereditatis petatur. 5. 4. [e] L. 4. 9...16. D. h. t. 5. 3. L. 18. §. 2. eod. [f] L. 16. §. 4. 5. 7. L. 20. §. 17. L. 23...25. pr. eod. [g] arg. L. 3. Cod. quor. bon. 8. 2. cf. L. un. Theod. Cod. eod. 2. 21. [h] L. 19. pr. §. 2. D. eod. [i] L. 13. §. 15. L. 14...16. pr §. 3. eod. cf. L. 42. eod. [k] L. 13. §. 14. L. 25. §. 2. 8. eod. cf. L. 27. §. 3. D. de rei vind. 6. 1. L. 171. D. de R. J. [l] L. 13. §. 13. L. 45. D. h. t. cf. L. 25. 27. pr. D. de rei vind. 6. 1. §. 166. not. h. i. [m] L. 1. §. 1...4. D. si pars hered. 5. 4.

über das Verhältniß der h. p. zu den erbschaftlichen Singularklagen. Heidelb. 1852. S. 13.

3 Als utilis actio wird die Klage auch dem Universalfideicommissar, sodann dem Fiscus und Andern, welchen das erbschaftliche Vermögen als bona ereptitia oder vacantia zufällt, beigelegt. Dig. de fideicommissaria h. p. L. 20. §. 6. 7. D. h. t. 5. 3.

4 L. 9. 10. pr. Regulariter definiendum est: eum demum teneri petitione hereditatis, qui vel ius pro herede vel pro possessore possidet vel rem hereditariam — licet minimam. — L. 11...13. pr. eod. Pro herede possidet, qui putat se heredem esse. Sed an et is, qui scit, se heredem non esse, pro herede possideat, quaeritur; et Arrianus, libro secundo de interdictis, putat teneri, quo iure nos uti Proculus scribit. Sed enim et bonorum possessor pro herede videtur possidere. §. 1. Pro possessore vero possidet praedo, (L. 12.) qui interrogatus, cur possideat, responsurus sit, *quia possideo*, nec contendet se heredem vel per mendacium, (L. 13. pr.) nec ullam causam possessionis possit dicere, et ideo fur et raptor petitione hereditatis tenentur. cf. §. 3. J. de interd. 4. 15. — Gegen den Universalfideicommissar, L. 13. §. 5...7. cf. L. 16. §. 7. eod.; gegen den Käufer der Erbschaft L. 13. §. 4. 8...10. eod. cf. §. 540.; L. 20. §. 13. D. eod. Licet autem senatus de his locutus est, qui se heredes existiment, tamen etsi bonorum possessores se existiment vel alios iustos successores vel sibi restitutam hereditatem, in eadem erunt conditione.

5 L. 1. §. 2. in f. D. h. t. 5. 4. Et si possessor et petitor possideant hereditatem, quum unusquisque eorum partem dimidiam hereditatis sibi asserat, invicem petere debebunt, ut partes rerum consequantur, aut si controversiam sibi non faciunt hereditatis, familiae erciscundae experiri eos oportebit. Dagegen: L. 1. §. 1. D. fam. erc. 10. 12. Quae quidem actio (familiae erciscundae) nihilominus ei quoque ipso iure competit, qui suam partem non possidet; sed si is, qui possidet, neget eum sibi coheredem esse, potest eum excludere per hanc exceptionem: *si in ea re qua de agitur, praeiudicium hereditati non fiat.* — Ueber die verschiedenen möglichen Fälle s. Arndts im Rtslex. V. S. 213...216.

§. 532.

Zur Begründung der Erbschaftsklage muß der Kläger im Fall der Bestreitung beweisen, daß der Erblasser gestorben und daß er zu dessen Erbschaft berufen sey. Dazu gehört 1) wenn er sein Recht auf testamentarische Erbfolge gründet, der Beweis der Erbeinsetzung und der Erfüllung der Bedingungen, von denen sie etwa abhängig gemacht ist. Der Beweis der Erbeinsetzung aber wird bei einem mündlichen Testament durch die Aussage der zur

Errichtung erforderlichen Anzahl von Testamentszeugen geführt [a], bei dem schriftlichen oder in Schrift gebrachten mündlichen Testament durch Vorlage der Testamentsurkunde, deren Aechtheit durch Vernehmung der Zeugen, im Nothfall auch durch andere Beweismittel, namentlich durch Schriftvergleichung, hergestellt werden kann [b]; ist die Urkunde verloren gegangen oder (ohne Wissen und Willen des Testators) zerstört worden, so kann auch deren Errichtung und Inhalt durch andere Beweismittel dargethan werden [c]. Der Beweis nicht von selbst ersichtlicher Mängel der Testamentserrichtung, sowie später eingetretener Ungültigkeit des Testaments, liegt als Gegenbeweis dem Beklagten ob [d]. Wenn dagegen 2) der Kläger sich auf ein gesetzliches Erbrecht gründet, so hat er das Verhältniß zu erweisen, kraft dessen er gesetzlicher Erbe zu seyn behauptet, z. B. die Verwandtschaft, und kann vom Gegner den Beweis erwarten, daß er desungeachtet nicht Erbe sey, z. B. wegen Existenz eines Testaments oder anderer näherberechtigter Verwandten. Der Beweis des Erwerbs der Erbschaft ist überflüssig, es sey denn, daß die Antretung in einer bestimmten Form oder Zeit hätte geschehen müssen und dieses bestritten wird.

Der Theilerbe muß noch insbesondere seinen Erbtheil angeben und erweisen, wobei ein noch blos mögliches Anwachsungsrecht vorerst nicht in Betracht kommt [e]. Ist aber der Erbtheil noch ungewiß wegen möglicher Miterbschaft eines noch Ungebornen, so wird einstweilen der Erbtheil als gewiß angenommen, welcher dem Kläger im Fall einer Drillingsgeburt zukommen würde [f], und wenn die Concurrenz von noch ungebornen Kindern verschiedener Mütter zu erwarten steht, kann die Klage einstweilen auch auf einen ungewissen Erbtheil gerichtet werden [g].

Der Kläger muß außerdem, wenn es geläugnet wird, darthun, daß der Beklagte etwas zur Erbschaft Gehöriges pro herede oder pro possessore besitze, und was dieses sey, hat aber dabei den Vortheil, daß der vom Beklagten unrechtlich abgeläugnete Besitz ohneweiters auf ihn übertragen wird [h].

[a] arg. L. 31. Cod. de testam. 6. 23 L. 32. Cod. de fideicomm. 6. 42. [b] Cf. L. 4...7. D. test. quemadm. aper. 29. 3. [c] arg. L. 2. 11. Cod. de testam. 6. 23. L. 10. §. 2. D. l. c. L. 1. §. 3. D. de his quae in test. del. 28. 4. cf. L. 1. §. 3. D. de b. p. s. t. 37. 11. [d] L. 11. Cod. de probat. 4. 19. cf. L. 22. D. eod. 22. 3. L. 5. Cod de codicill. 6. 36. [e] L. 2. D. si pars hered. 5. 4. [f] L. 2...5. D. eod. [g] L. 1. §. 5. eod. [h] L. 80. D. de rei vind. 6. 1. cf. §. 166. not. f. g.

Anm. Ueber den Beweis des Erbrechts vgl. überhaupt Glück VII. 2. S. 493. fg. Arndts im Rtslex. V. S. 217. fg. Seuffert's Arch. I. 95. 258.

§. 533.

Wird der Kläger für den (Allein- oder Theil-) Erben erkannt, so wird der Beklagte verurtheilt, alles, was er unmittelbar zur Erbschaft Gehöriges oder mittelbar aus derselben hat [1], jenem ganz oder zum Theil herauszugeben und für Verlust nach Umständen Ersatz zu leisten [a]. Grundsatz ist: Der Besitzer in gutem Glauben soll von dem Erbschaftsbesitze, den er als vermeintlicher Erbe sich beigelegt, keinen bleibenden Vermögensvortheil dem Erben gegenüber behaupten, aber doch auch nicht einen positiven Schaden an seinem eigenen Vermögen erleiden: er soll daher dem Erben in so weit, aber auch nicht weiter, als er durch den Erbschaftsbesitz sich bereichert findet, zur Restitution verbindlich seyn; der unredliche Besitzer aber soll dem Kläger nicht nur allen Gewinn herausgeben, sondern alles ersetzen, was dieser haben könnte, wenn ihm nicht durch den Beklagten das erbschaftliche Vermögen unredlicher Weise wäre vorenthalten worden [2]; wobei, sofern er nicht von Anfang an in bösem Glauben war, auf den Zeitpunkt der Erkenntniß seines Unrechts Rücksicht zu nehmen ist [b]. Vom Beginn des Rechtsstreites an aber wird auch der redliche Besitzer in gleichem Maße wie der unredliche, nur nicht wie dieser auch für zufälligen Schaden, den der Kläger in Folge der unrechtlichen Anmaßung erbschaftlichen Gutes erlitten hat, verantwortlich [c]. Wegen des durch dolus oder lata culpa des Beklagten verursachten Verlustes wird dem Kläger der Schätzungseid gestattet [d]. Der Beklagte kann aber auch seinerseits verschiedene Gegenansprüche geltend machen, namentlich wegen Befriedigung von Erbschaftsgläubigern [e] und Vermächtnißnehmern [f], wegen Forderungen an die Erbschaft [g], wegen Verwendungen [h] und Uebernahme von Verbindlichkeiten zum Besten derselben [i], wobei ebenfalls nach obigem Grundsatz in Betracht kommt, ob er redlicher oder unredlicher Besitzer war, und im ersten Fall, ob der Grund

[a] L. 18. §. 2. L. 19. et sqq. D. h. t. [b] L. 25. §. 2...6. D. eod. [c] L. 20. §. 11. L. 25. §. 7. eod. L. 31. §. 3. eod. cf. L. 40. pr. eod. §. 113. Anm. 4. b. [d] L. 20. §. 21. L. 25. §. 8. 10. D. eod. [e] L. 31. pr. eod. cf. L. 5. eod. L. 20. §. 18. eod. [f] L. 17. eod. cf. L. 2. §. 1.... L. 4. D. de cond. indeb. 12. 6. L. 4. §. 2. 3. D. si cui plus. 35. 3. [g] L. 31. §. 1. 2. D. h. t. cf. L. 14. §. 2. Cod. de compens. 4. 31. [h] L. 31. §. 3. L. 38. 39. D. h. t. cf. L. 37. 38. D. de rei vind. 6. 1. L. 6. §. 1. D. si pars hered. 5. 4. L. 36. §. 5. D. h. t. [i] L. 20. §. 20. L. 40. §. 3. eod.

der Gegenansprüche in die Zeit vor oder nach dem Beginn des Rechtsstreites fällt. Mit richterlicher Erlaubniß kann der Besitzer während des Streites nothwendige Veräußerungen vornehmen [k].

Anm. 1 Dahin gehören namentlich: Sachen des Erblassers, nebst deren Erzeugnissen und anderm Zuwachs, L. 18. §. 2. L. 20. §. 3. L. 25. §. 20. L. 26 ... 29. 32. D. h. t.; auch solche, deren Besitz oder auch nur Detention der Erblasser hatte, vgl. §. 531. not. g. h.; für die Erbschaft angeschaffte Sachen, L. 20. pr. §. 1. D. eod.; was Schuldner gezahlt haben, L. 25. §. 18. L. 31. §. 5. cf. L. 20. §. 18. eod., oder der Beklagte selbst als Schuldner zu zahlen hat, L. 13. §. 15. L. 14. 16. pr. 3. L. 20. §. 4. 5. eod., in Bezug auf erbschaftliche Sachen erworbene Forderungen gegen Dritte, L. 16. §. 4. 5. L. 40. §. 2. eod.; der durch Veräußerung von Sachen gewonnene Preis, L. 20. §. 1. 2. 12 ... 17. eod.

2 Dieser Grundsatz ist in dem sogenannten Sc. Iuventianum anerkannt und durch dessen Auslegung vollständiger entwickelt. Vgl.:

a) L. 20. §. 6. D. h. t. ... Optimum est, ipsius senatusconsulti interpretationem facere, verbis eius relatis: *Pridie Idus Martias Quintus Julius Balbus et Publius Iuventius Celsus, Titius Aufidius, Oenus Severianus consules verba fecerunt de his, quae Imperator Caesar, Traiani Parthici filius, Divi Nervae nepos, Hadrianus Augustus (imperator) maximusque princeps proposuit quinto Nonas Martias, quae proximae fuerunt, libello complexus, quid fieri placeat. De qua re ita censuerunt: Cum antequam partes caducae ex bonis Rustici fisco peterentur, hi, qui se heredes esse existimant, hereditatem distraxerint, placere redactae ex pretio rerum venditarum pecuniae usuras non esse exigendas. Idemque in similibus causis servandum. Item placere, a quibus hereditas petita fuisset, si adversus eos iudicatum esset, pretia quae ad eos rerum ex hereditate venditarum pervenissent, et si eae ante petitam hereditatem deperissent deminutaeve fuissent, restituere debere. Item eos, qui bona invasissent, cum scirent ad se non pertinere, etiamsi ante litem contestatam fecerint, quominus possiderent, perinde condemnandos quasi possiderent, eos autem, qui iustas causas habuissent, quare bona ad se pertinere existimassent, usque eo duntaxat, quo locupletiores ex ea re facti essent. Petitam autem fisco hereditatem ex eo tempore existimandum esse, quo primum scierit quisque eam a se peti, id est, cum primum aut denuntiatum esset ei, aut litteris vel edicto evocatus esset, censuerunt.*

b) L. 22. in f. eod. Nam et in oratione Divi Hadriani ita est: *Dispicite, patres conscripti, numquid sit aequius, possessorem non facere lucrum, et pretium, quod ex aliena re perceperit, reddere, quia potest existimari, in locum hereditariae rei venditae pretium eius successisse et quodammodo ipsum hereditarium factum.*

c) L. 28. eod. Post senatusconsultum enim omne lucrum auferendum esse tam bonae fidei possessori quam praedoni dicendum est.

k L. 5. 53. D. h. t. 5. 3.

d) L. 25. §. 11. eod. Consuluit Senatus bonae fidei possessoribus ne in totum damno afficiantur, sed in id duntaxat teneantur, in quo locupletiores facti sunt. Quemcunque igitur sumtum fecerint ex hereditate, si quid dilapidaverunt vel perdiderunt, dum re sua se abuti putant, non praestabunt; nec, si donaverint, locupletiores facti videbuntur, quamvis ad remunerandum sibi aliquem naturaliter obligaverunt. Plane si ἀντίδωρα acceperunt, dicendum est, eatenus locupletiores factos, quatenus acceperunt, velut genus quoddam hoc esset permutationis. §. 12. Si quis re sua lautius usus sit contemplatione delatae sibi hereditatis, Marcellus . . . putat nihil eum ex hereditate deducturum, si eam non attigit. . . . §. 18. Petitio hereditatis etsi in rem sit actio, habet tamen praestationes quasdam personales, utputa eorum, quae a debitoribus sunt exacta, item pretiorum.

Ueber die Tendenz dieses Sc. im Allgemeinen vgl. Arndts Beitr. S. 60. fg., über die Consequenzen seines Princips im Einzelnen, dens. im Rtslex. S. 223. fg. Von selbst ergibt sich daraus, daß die usucapio pro herede nicht gegen die hereditatis petitio schützen könne. vgl. §. ~~160. Anm. 2. c.~~ 159 — 3 c

§. 534.

Einzelklagen, durch welche der Erbe erbschaftliche Rechte geltend machen will, steht von Seiten des redlichen Besitzers und desjenigen, welchem dieser im Fall des Unterliegens regreßpflichtig ist, eine Einrede entgegen, insofern derselbe dadurch unmittelbar oder mittelbar mehr zu leisten genöthigt werden möchte, als wozu er in Folge der Erbschaftsklage verurtheilt werden könnte [a]. Andere können als Schuldner oder Besitzer von Sachen der Erbschaft sogar zugleich von beiden um diese streitenden Parteien belangt werden; aber der Beklagte kann hier Sicherheit dagegen verlangen, daß er nicht wegen desselben Rechtsanspruchs doppelt zu leisten haben werde [b]. Andererseits sind Gläubiger der Erbschaft und Vermächtnißnehmer durch den Erbschaftstreit nicht gehindert, ihre Forderungen gegen die eine oder andere Partei geltend zu machen [c]; Vermächtnißnehmer können jedoch die Auszahlung des Vermächtnisses nur erwirken, indem sie dem Belangten für den Fall, daß er im Erbschaftstreite unterliege, Sicherheit leisten [d].

Anm. Vgl. H. Dernburg, über das Verhältniß der hereditatis petitio

[a] L. 25. §. 17. D. h. t. 5. 3. cf. L. 13. §. 14. L. 25. §. 8. eod. L. 95. §. 9. D. de solut. 46. 3. — L. 1. §. 1. D. fam. erc. 10. 2. L. 32. §. 10. D. de recept. 4. 8. L. 5. §. 2. D. h. t. 5. 3. [b] L. 25. §. 17. L. 49. D. h. t. cf. L. 57. eod. [c] L. 4. §. 1. D. si cui plus. 35. 3. L. 12. pr. §. 1. Cod. h. t. 3. 31. cf. L. 35. D. de iure fisci. 49. 14. [d] L. 12. pr. Cod. l. c. cf. L. 3. §. 6...10. L. 4. 8. D. si cui plus. 35. 3. L. ult. D. de neg. gest. 3. 5.

zu den erbschaftlichen Singularklagen. Heidelb. 1852., Vang. §. 508., mit Arndts im Rtslex. S. 228. fg. 235. fg. Seuffert §. 581. 582.

2) Provisorischer Schutz des Erbrechts.

§. 535.

a) Wegen Wahrscheinlichkeit des Erbrechts.

Das römische Recht gibt demjenigen, welcher bonorum possessio erlangt hat, ein interdictum adipiscendae possessionis, um sich den wirklichen Besitz der Nachlaßgegenstände zu verschaffen, gegen jeden possessor pro herede oder pro possessore, das interdictum quorum bonorum [a], über dessen Verhältniß zur hereditatis petitio die Ansichten sehr verschieden sind [1]. Die gemeinrechtliche Praxis aber gibt unter diesem Namen zu dem genannten Zweck ein blos provisorisches Rechtsmittel jedem, welcher sein Erbrecht vorerst nur bescheinigt, d. h. in einem summarischen Verfahren dem Richter wahrscheinlich macht, wornach denn stets noch ein ordentlicher Rechtstreit über das Erbrecht mittels der eigentlichen Erbschaftsklage stattfinden kann.

Demjenigen, welcher in einem äußerlich fehlerlosen Testamente zum Erben eingesetzt ist, gibt das römische Recht noch insbesondere die Möglichkeit richterlicher Einweisung in den Besitz der Sachen, welche der Erblasser zur Zeit seines Todes besessen hatte, missio in possessionem ex lege ult. Cod. de edicto Divi Hadriani tollendo [b], wirksam gegen jeden, der nicht aus besonderem Rechtsgrunde solche Sachen besitzt, so lange die Erbschaftsklage nicht durch Verjährung ausgeschlossen ist, und sofern nicht der Gegner sofort sein Erbrecht beweist. Jener erlangt dadurch den Vortheil, nunmehr als Besitzer die Anstellung der Erbschaftsklage von Seiten seiner Gegner erwarten zu können [2].

Anm. [1] Vgl. vorzüglich Savigny in d. Ztschr. f. gesch. Rtsw. V. 1. VI. 3. (verm. Schriften II. 17.) Löhr im civ. Arch. XII. 4. Arndts Beitr. I. S. 88...93. 108...112. und im Rtslex. V. S. 615...620. Leist, bon. poss. I. S. 306...396. II. 2. S. 162...217. 257. 290. fg. Seuffert's Arch. II. 77. III. 279. 280. VII. 71.

[2] In der heutigen Praxis hat dieses sog. remedium ex L. ult. Cod. de ed. Divi Hadr. toll. als provisorisches Rechtsmittel des Testamentserben wesentlich denselben Charakter, wie das interdictum quorum bonorum für andere

[a] Dig. quorum bonorum. 43. 2. Cod. 8. 2. cf. §. 3. J. de interdictis. 4. 15.
[b] L. 3. Cod. de ed. Divi Hadr. toll. et quemadmodum scriptus heres in possessionem mittatur. 6. 33.

Erben, und werden auch beide wohl durch den Ausdruck „gerichtlicher Einsatz“ bezeichnet. Vgl. Leist a. a. O. S. 463. fg. Seuffert §. 583. Vang. §. 510. Seuffert's Arch. II. 75. 76. III. 282...286. VI. 227.

b) Bei sonst noch ungewissem Erbrecht.

§. 536.

α) Missio in possessionem ventris nomine.

Ist der Erbe noch ungeboren, so kann inzwischen die Schwangere (venter) Einweisung in den Besitz der Erbgüter erlangen, welche ihrem Kinde, falls es lebend geboren wird, zukommen werden [a], mit dem Recht, bis zur Entbindung ihren Unterhalt aus der Erbschaft zu beziehen, schlechthin, wenn das Kind zu denjenigen gehört, die ex edicto unde liberi bonorum possessionem erlangen konnten [b], sonst nur im Nothfall, sofern es der Mutter an Unterhaltsmitteln gebricht [c], und auch im ersten Falle nur nach vorgängiger Prüfung (causae cognitio), wenn das Erbrecht des Kindes oder die Schwangerschaft selbst bestritten wird [d], oder diese nicht in gehöriger Zeit angezeigt ist [e]. Zur einstweiligen Verwaltung der Erbschaft und zur Fürsorge für den künftigen Erben wird ein Curator (ventris nomine) bestellt [f]. Der provisorische Besitz hört auf, sobald die Entbindung erfolgt oder die Nichtschwangerschaft gewiß ist [g]. Nur sofern sie betrüglich handelte, muß die Eingewiesene die bezogenen Alimente erstatten und für andern Nachtheil haften [h].

§. 537.

β) Bonorum possessio ex Carboniano edicto.

Wird einem Unmündigen die Eigenschaft eines Kindes des Erblassers, von welcher sein Erbrecht abhängt, bestritten, so wird ihm auf Antrag der Vormünder ex Carboniano edicto [a] durch prätorisches Decret einstweilen bonorum possessio ertheilt, vorausgesetzt, daß der regelmäßig eintretende Aufschub des Rechtstreits bis zur Mündigkeit demselben nicht unvortheilhaft ist [b], und daß

[a] Dig. de ventre in possessionem mittendo et curatore eius. 37. 9. [b] L. 1. §. 19. D. l. c. [c] L. 6. eod. [d] L. 1. §. 14. eod. [e] cf. Dig. de inspiciendo ventre. 25. 4. [f] L. 1. §. 17...26. L. 5. D. h. t. 37. 9. [g] L. 1. §. 27. eod. [h] L. 1. §. 28. eod. cf. Dig. si ventris nomine muliere in possessionem missa eadem possessio dolo malo ad alium translata esse dicatur. 25. 5. si mulier ventris nomine in possessione calumniae causa esse dicatur. 25. 6.

[a] Dig. de Carboniano edicto. 37. 10. Cod. 6. 17. [b] L. 3. §. 5. D. l. c.

nicht jetzt schon das fragliche Erbrecht als offenbar ungegründet erscheint [c]. Wird von Seiten des Kindes Realcaution geleistet, so erhalten dessen Vormünder zugleich die Verwaltung der Erbschaft [d]; sonst wird diese seinen solche Sicherheit leistenden Gegnern eingeräumt [e], oder ein besonderer Curator dafür bestellt [f]. Der Besitz mit Sicherheitsleistung gewährt die Stellung des Beklagten in dem künftigen Erbschaftstreite [g]. In jedem Falle aber gebührt dem Kinde der Unterhalt aus der Erbschaft, der auch, wenn es später im Rechtstreite unterliegt, nicht erstattet zu werden braucht [h]. Miterben des Unmündigen erhalten mit ihm den Besitz der Erbschaft [i].

§. 538.

γ) Bonorum possessio furiosi nomine.

Ist ein Wahnsinniger zur Erbschaft berufen, nicht als Suus (§. 511.), und nicht unter Verhältnissen, wegen deren nach §. 506. 508. ein Anderer schlechthin für denselben die Erbschaft antreten kann, so kann (und soll auf seine Verantwortung) dessen Curator sich einstweilen für ihn bonorum possessio ertheilen lassen und dadurch die Verwaltung der Erbschaft erlangen, als wäre sie dem Wahnsinnigen wirklich erworben [a]. Kommt dieser alsdann zu Verstande, so kann er nun durch eigenen Willen die Erbschaft endgültig erwerben [b]. Wenn er aber dieselbe ablehnt oder im Wahnsinn verstirbt, so fällt die Erbschaft denjenigen zu, welche zur Zeit ohne ihn das nächste Recht zur Erbfolge haben [c], jedoch ohne Anspruch auf Ersatz des dem Wahnsinnigen in Ermangelung andern Vermögens aus jener gewährten Unterhalts [d]. Caution braucht der Curator jenen nicht zu leisten [e]. Vermächtnisse kann er auszahlen, aber gegen Caution wegen Rückerstattung, für den Fall, daß sie durch Vereitelung des für den Wahnsinnigen gemachten vorläufigen Erwerbs hinfällig werden möchten [f]. Unterläßt es der Curator, die bonorum possessio zu erlangen, so kann der nächst dem Wahnsinnigen Berufene dieselbe erlangen, gegen Caution wegen künftiger Herausgabe, für den Fall, daß später Andern das Recht auf die Erbschaft zukäme [g].

[c] L. 3. §. 4. eod. [d] L. 15. eod. [e] L. 5. §. 2. eod. [f] L. 5. §. 5. eod. [g] L. 6. §. 6. eod. [h] L. 5. §. 3. eod. [i] L. 5. pr. eod.

[a] L. 7. Cod. de cur. fur. 5. 70. (Justinian. a. 530.). cf. Dig. de bon. poss. furioso ...competente. 37. 3. [b] L. 7. §. 7. Cod. l. c. [c] L. 7. §. 8. Cod. l. c. [d] L. 51. pr. D. de her. pet. 5. 3. [e] L. 7. §. 8. Cod. cit. [f] L. 48. §. 1. D. de legat. II. [g] L. 1. D. h. t. 37. 3.

Anm. 1 Als berechtigt zur Erbschaft, wenn der Wahnsinnige in furore diem suum finierit vel ad suam sanitatem perveniens eam repudiaverit, nennt das Gesetz in §. 7. ausdrücklich den Substituten, die Intestaterben, den Fiscus. Daraus hat man gefolgert, daß das Anwachsungsrecht der Miterben ausgeschlossen sey. Vangerow im civ. Arch. XXX. 1. Aber vgl. dagegen Fritz in Linde's Ztschr. n. F. IV. 5. Löhr das. IV. 7. Seuffert's Arch. VII. 69.

2 Nach Analogie der bonorum possessio furiosi nomine wird häufig der Fall behandelt, wenn einem Abwesenden (Verschollenen) eine Erbschaft deferirt ist, indem man hier dem curator absentis eine interimistische bon. possessio ertheilt. Heise und Cropp Abh. II. S. 168. fg. Sint. §. 183. not. 13. Die Ansichten darüber sind aber sehr verschieden. Vgl. einerseits Kraut Vormundschaftsrecht II. S. 253. fg., andererseits Schäffer in Linde's Ztschr. n. F. V. 8. Seuffert §. 566. not. 4 c. 4 d. — Seuffert's Arch. III. 185. 298. 346. VII. 69. 356. Vgl. Bruns im Jahrb. des gem. Rechts I. 5.

§. 539.

δ) Bei bedingter Erbeinsetzung.

Der bedingt eingesetzte Erbe kann, ehe noch die Bedingung erfüllt ist, einstweilen schon bonorum possessio erlangen [a] und so denn provisorisch durch die dem bonorum possessor zustehenden Rechtsmittel sein Erbrecht geltend machen. Er muß aber wegen künftiger Herausgabe der Erbschaft Caution leisten, für den Fall nämlich, daß durch Nichterfüllung der Bedingung sein Erbrecht vereitelt wird [b].

Anm. Vgl. Arndts Beitr. I. S. 183. fg. und im Rtslex. III. S. 390. fg. Leist bon. poss. II. 2. S. 304.

§. 540.

F. Veräußerung der Erbschaft.

Der Erbe kann die Erbschaft oder einen Erbtheil an einen Andern veräußern, z. B. durch Verkauf [a]. Demzufolge ist unter den Contrahenten dasselbe Resultat herzustellen, als wäre nicht der Verkäufer sondern der Käufer Erbe, bezüglich der Lasten und Verbindlichkeiten wie bezüglich der Vortheile [b]. Aber der Verkäufer bleibt dennoch Erbe und als solcher den Erbschaftsgläubigern und Vermächtnißnehmern persönlich verpflichtet [c], ausgenommen wenn der Fiscus die Erbschaft veräußert [d]. Der Käufer kann übrigens

[a] L. 2. §. 1. L. 5. pr. 6. 10. 12. in f. D. de b. p. s. t. 37. 11. L. 3. §. 13. D. de b. p. c. t. 37. 4. cf. L. 23. pr. §. 1. D. de hered. instit. 28. 5. [b] L. 12. D. qui satisd. cog. 2. 8. L. 8. D. de stip. praet. 46. 5.

[a] Dig. de hereditate vel actione vendita. 18. 4. Cod. 4. 39. [b] L. 2. pr. §. 3. et sqq. D. h. t. cf. §. 305. [c] L. 2. Cod. h. t. 4. 39. L. 2. Cod. de legat. 6. 37. cf. L. 2. Cod. de pact. 2. 3. [d] L. 1. Cod. h. t. L. 41. D. de iure fisci. 49. 14.

die erbschaftlichen Klagen, und ebenso auch unbedenklich die universelle Erbrechtsklage (§. 531.) und die Erbtheilungsklage (§. 527.), wie sie dem Veräußerer zuständen, als Cessionar anstellen [e]. Andererseits ist gegen ihn von Seiten dritter Person utilis hereditatis petitio möglich [f].

Anm. Vgl. Arndts im Rtslex. IV. S. 24 ... 26. V. S. 208. 212., und „über das Rechtsverhältniß desjenigen, welcher vom Fiscus eine Erbschaft gekauft hat" in Linde's Ztschr. XIX. 1. — Streitig ist, ob der Käufer auch auf den später dem Verkäufer anwachsenden Erbtheil (§. 518.) Anspruch habe? Es ist quaestio facti, quid actum sit inter contrahentes. Vang. §. 494. Puchta §. 521. not. d. Vgl. Fr. Mommsen Erörtr. S. 67. fg.

Zweites Capitel.

Von den Vermächtnissen.

I. Allgemeine Bestimmungen.

§. 541.

A. Begriff und Arten der Vermächtnisse.

Vermächtniß ist eine letztwillige Verfügung, wodurch der Erblasser einer Person mittelbar oder unmittelbar aus seinem Vermögen, also auf Kosten der Erbschaft, einen Vermögensvortheil zuwendet. Auch der hinterlassene Vermögensvortheil selbst wird Vermächtniß genannt. Durch Vermächtniß können aber nicht blos bestimmte Vermögensgegenstände hinterlassen werden; es kann auch die Erbschaft selbst oder ein aliquoter Theil derselben Gegenstand des Vermächtnisses seyn, indem dem Erben die Restitution der Erbschaft an einen Andern auferlegt wird, wodurch denn dieser mittelbar die Stellung eines Erben erlangt. Das Vermächtniß heißt in diesem Falle Universalvermächtniß oder Universalfideicommiß (fideicommissum hereditatis); andere Vermächtnisse nennt man Singularvermächtnisse.

Anm. Das ältere R. R. unterschied: 1) als zwei in Form und Wirkung verschiedene Hauptarten der Vermächtnisse Legate und Fideicommisse; Legate, welche

[e] L. 16. pr. D. de pact. 2. 14. L. 5. Cod. h. t. cf. §. 254. Anm. 4. [f] L. 13. §. 4. 8. 10. D. de her. pet. 5. 3. cf. L. 2. Cod. eod. 3. 31.

legis modo, i. e. imperative, nur dem Testamentserben auferlegt werden konnten; Fideicommisse, womit verbis precativis jeder, der vom Erblasser etwas erhielt, beschwert werden konnte; 2) unter den Legaten insbesondere, ebenfalls nach Form und Wirkung verschieden, ein legatum per vindicationem, wodurch direct ein dingliches Recht, und legatum per damnationem, wodurch zunächst nur eine Forderung gewährt wurde, nebst zwei Abarten beider, dem legatum per praeceptionem und sinendi modo. Vgl. Gai. II. 192...289. Ulp. XXIV. XXV. Pauli sentt. III. 6. IV. 1. Im Justinianischen Recht ist aber nicht nur dieser formelle Unterschied unter den Legaten, sondern auch der zwischen Legaten und Fideicommissen beseitigt, und aus den beiden eine Art von Vermächtnissen geworden, die nur nach ihrem Inhalt in Singular- und Universalvermächtnisse sich scheiden. Vgl. Inst. de legatis. 2. 20. de fideicommissariis hereditatibus 2. 23. de singulis rebus per fideicommissum relictis. 2. 24.; Dig. de legatis et fideicommissis I. II. III. (lib. 30...32.); Cod. de legatis. 6. 37. de fideicommissis. 6. 42. Communia de legatis et fideicommissis et de in rem missione tollenda. 6. 43. Insbesondere L. 2. Cod. h. t.: Omne verbum significans testatoris legitimum sensum legare vel fideicommittere volentis, utile atque validum est . . . et omnia, quae naturaliter insunt legatis, et fideicommissis inhaerere intelligantur, et contra quidquid fideicommittitur, hoc intelligatur esse legatum, et si quid tale est, quod non habet naturam *(valet natura?)* legatorum, hoc ei ex fideicommissis accommodetur, et sit omnibus perfectus eventus et ex omnibus nascantur in rem actiones et ex omnibus hypothecariae, ex omnibus personales. Ubi autem aliquid contrarium in legatis et fideicommissis eveniet, hoc fideicommisso quasi humaniori aggregetur et secundum eius dirimatur naturam. . . . Et si specialiter legati tantum faciat testator mentionem, hoc et legatum et fideicommissum intelligatur, et si fidei heredes vel legatarii aliquid committatur, hoc et legatum esse videatur. (Justinian. a. 531.) Darüber: Marezoll, zur Lehre von den Vermächtnissen, in Linde's Ztschr. IX. 4. 9. — Ueberhaupt zu diesem Capitel: Roßhirt, d. L. v. d. Vermächtnissen, 2. Bde. Heidelb. 1835. Arndts, Art. Legat, im Rtslex. VI. S. 279...344. Mayer, d. Lehre v. d. Legaten und Fideicommissen, aus den Quellen bearbeitet. Abtheilung 1. Tübingen 1854. vgl. kritische Ueberschau II. S. 165. fg.

B. Errichtung der Vermächtnisse.

1) Subjecte.

§. 542.

Drei Personen kommen bei jedem Vermächtniß in Betracht: der Vermächtnißgeber, der Vermächtnißträger (Onerirte), und der Vermächtnißnehmer (Honorirte). 1) Geben kann ein Vermächtniß,

wer sich einen Erben ernennen kann [a]. 2) Beschwert mit einem Vermächtniß kann jeder werden, der auf den Todesfall unmittelbar oder mittelbar etwas vom Erblasser erhält [b], das ihm blos durch dessen letzten Willen gewährt wird oder durch andere letztwillige Verfügung entzogen werden könnte [1], und nur in dem Maße, als dieses der Fall ist [2], soweit sich nämlich Last und Vortheil gegen einander genau abschätzen läßt [c]. 3) Fähig, mit einem Vermächtniß bedacht zu werden, ist wer zum Erben eingesetzt werden kann [d]; auch regelmäßig jede Corporation [e], wenn gleich ihr Erbfähigkeit nicht besonders ertheilt ist [3].

Anm. [1] Für Vermächtnisse überhaupt gilt nun die Regel von Fideicommissen: Sciendum est autem, eorum fidei committi posse, ad quos aliquid perventurum est morte eius, vel dum iis datur, vel dum iis non adimitur. L. 1. §. 6. D. de legat. III. Dahin gehört vor allem der Erbe ab intestato oder ex testamento (L. 1. §. 7...10. D. l. c.), oder wer gleich dem Erben den Nachlaß erhält, wie der Fiscus als Occupant der bona vacantia (L. 114. §. 2. D. de legat. I.), sodann jeder Vermächtnißnehmer (pr. J. de sing. reb. per fid. 2. 24.), und der auf den Todesfall (nicht unwiderruflich) Beschenkte (L. 3. D. de legat. III. L. 77. §. 1. D. de legat. II. L. 9. Cod. de fideicomm. 6. 42. cf. L. 35. §. 4. D. de m. c. don. 39. 6.), oder wer conditionis implendae causa etwas erhält (L. 96. §. 4. D. de legat. I.), aber auch die Erben der Erben und Vermächtnißnehmer (L. 5. §. 1. L. 6. pr. D. de legat. III.) und der Vater, insoweit er durch das dem Kinde Hinterlassene gewinnt (L. 11. D. de legat. I. cf. Ulp. XXIV. 21. XXV. 10.), insbesondere auch der Pupillarsubstitut oder Intestaterbe des nicht enterbten unmündigen Kindes, insofern ihm mittelbar durch des Kindes Erbschaft etwas aus des Vaters Vermögen zugeht (L. 92. §. 2. L. 93. 94. pr. D. de legat. I. cf. L. 24. Cod. de legat. 6. 37.); nicht auch, wer nur „fortuito, non iudicio testatoris" etwas erhält (L. 6. §. 1. D. de legat. III.), oder selbst gegen dessen Willen (L. 2. D. eod. L. 31. Cod. de fideicomm. 6. 42.), oder nur das, was ihm dieser rechtlich nicht entziehen könnte (L. 114. §. 1. D. de legat. I.).

[2] Placet non plus posse rogari quem restituere, quam ei relictum sit. L. 114. §. 3. D. de legat. I. Daher: Si centum legatis duplum restituere rogatus sit, ad summam legati videbitur constituisse. Aber: Si autem post tempus fideicommissum relictum sit, usurarum duntaxat additamentum admittetur; nec mutanda sententia erit, quod forte legato

[a] L. 2. 114. pr. D. de legat. I. L. 1. pr. §. 2. 3. D. de legat. III. L. 6. §. 3. L. 8. §. 2. D. de iure codicill. 29. 7. cf. L. 1. §. 1. 5. D. de legat. III. [b] L. 1. §. 6...10. L. 2...6. D. l. c. pr. J. de sing. reb. per fid. rel. 2. 24. cf. L. 96. §. 4. de legat. I. [c] §. 1. J. l. c. L. 114. §. 3. D. de legat. I. L. 70. §. 1. 2. D. de legat. II. [d] §. 24. ...27. J. de legat. 2. 20. cf. Gai. II. 218. — L. 11. D. de alim. leg. 34. 1. [e] L. 20. D. de reb. dub. 34. 5. L. 23. D. de ann. leg. 33. 1. L. 38. §. 6. D. de legat. III. L. 117. D. de legat. I. cf. L. 26. 27. D. ad Sc. Trebell. 36. 1. cf. §. 471. Anm. 3. §. 492. not. f.

percepto magnum emolumentum ex aliquo negotio consecutus est aut poenam stipulationis imminentem evasit. Haec ita, si quantitas cum quantitate conferatur; enimvero si pecunia accepta rogatus sit, rem propriam, quanquam maioris pretii est, restituere, non est audiendus legatarius, legato percepto si velit computare; non enim aequitas hoc probare patitur, si, quod legatorum nomine perceperit, legatarius offerat. L. 70. §. 1. D. de legat. II. — Wegen Unterlassung der Inventarserrichtung kann der Erbe auch über den Bestand der Erbschaft hinaus vermächtnißpflichtig werden nach nov. 1. cap. 2.

[3] Den Städten insbesondere war die Fähigkeit, ein Universalfideicommiß zu empfangen, durch ein Sc. Apronianum, allen erlaubten Collegien überhaupt die Vermächtnißfähigkeit durch ein Sc. zur Zeit des M. Aurelius beigelegt. not. e. — Für Vermächtnisse gilt auch nicht die Beschränkung des §. 471. Anm. 1. §. 492. not. e. vgl. §. 549. Anm. 3. Mühlenbruch in der Erläutr. d. Pand. Bd. 39. S. 412. fg. vgl. Huschke Flavii Syntrophi instrum. donat. pag. 11. sq. — Seuffert's Arch. IX. 311.

§. 543.

Wer im einzelnen Falle mit dem Vermächtniß beschwert sey, hängt von der Bestimmung des Erblassers ab [a]. Mehrere können zusammen theilweise, oder alternativ jeder für's Ganze verpflichtet werden [b]. Ist nichts darüber bestimmt, so fallen die Vermächtnisse den Erben zur Last, nach Verhältniß der Erbtheile, jedem unabhängig von dem andern [c], sofern nicht die Untheilbarkeit des Gegenstandes eine Haftung für's Ganze mit sich bringt [d]. Ist mehreren oder allen Erben mit namentlicher Bezeichnung ein Vermächtniß auferlegt, so sind sie im Zweifel zu gleichen Theilen vermächtnißpflichtig [e]; wenn „allen", mit Ausnahme eines oder mehrerer namentlich bezeichneter Erben, so theilt sich unter jenen wiederum im Zweifel die Verpflichtung nach Verhältniß der Erbtheile [f]. Die dem wegfallenden Erben auferlegten Vermächtnisse trägt auch derjenige, der vermöge des Anwachsungsrechts [g] oder als Substitut [h] an seine Stelle tritt, sofern nicht jene auf die persönliche Eigenschaft des Belasteten berechnet waren [i].

[a] L. 29. §. 1. D. de legat. II. L. 98. D. de legat. III. [b] L. 8. §. 1. D. de legat. I. L. 25. D. de legat. III. cf. L. 9. pr. D. de duob. reis. 45. 2. §. 213. Anm. 1. [c] L. 33. pr. 44. pr. D. de legat. II. cf. L. 86. §. 3. D. de legat. I. [d] L. 11. §. 23. 24. D. de legat. III. L. 7. D. de serv. leg. 33. 3. L. 80. §. 1. D. ad leg. Falc. 35. 2. [e] L. 124. D. de legat. I. cf. L. 54. §. 3. eod. [f] L. 17. D. de duob. reis. 45. 2. L. 104. pr. D. de legat. I. cf. L. 81. §. 4. D. eod. [g] L. un. §. 4. 9. 10. Cod. de cad. toll. 6. 51. cf. L. 49. §. 4. L. 61. §. 1. D. de legat. II. L. 29. §. 1. 2. eod. [h] L. 61. §. 1. eod. cf. L. 1. §. 9. D. de legat. III. [i] L. un. §. 9. Cod. l. c.

Anm. Die Stellen in not. f...h. enthalten zum Theil widersprechende Entscheidungen: a) L. 17. D. 45. 2. (Paul. lib. 8. ad. Plaut.) Sive a certis personis heredum nominatim legatum esset, sive ab omnibus excepto aliquo, Atilicinus, Sabinus, Cassius pro hereditariis partibus totum eos legatum debituros aiunt, quia hereditas eos obligat; idem est, quum omnes heredes nominantur. b) L. 54. §. 3. D. de legat. I. (Pompon. lib. 8. ad Sab.). Si pars heredum nominata sit in legando, viriles partes heredes debent, si vero omnes, hereditarias. c) L. 124. eod. (Nerat. lib. 5. membran.). Si heredes nominatim enumerati dare quid damnati sunt, propius est, ut viriles partes debeant, quia personarum enumeratio hunc effectum habet, ut exaequentur in legato praestando, qui, si nominati non essent, hereditarias partes debituri essent. Ueber die verschiedenen Meinungen vgl. Vang. §. 521. Anm. 3. Arndts im Rtslex. VI. S. 284. fg. Dabis in Linde's Ztschr. n. F. I. 9. Der letzte erklärt L. 17. cit. dahin, daß durch die Worte *pro hereditariis partibus* nicht die Verpflichtung nach der Kopfzahl, sondern nur die Correalobligation verneint werde. Befriedigend ist auch diese Lösung nicht. Dasselbe gilt von dem neuesten Versuch einer Lösung von Gerstlacher zur Lehre von dem Rechtsverhältniß zwischen mehreren mit einem Legate belasteten Erben und dem Legatar, Heidelberg 1853., welcher von der Voraussetzung ausgeht, daß der Vf. der L. 17. cit. eine Verfügung vor Augen gehabt habe, wodurch mehrere Erben alternativ mit einem legatum per damnationem belastet gewesen seyen, z. B. „*Titius aut Maevius Sempronio dato.*" Vgl. Vang. in d. 6. Aufl. II. S. 480. Rudorff zu Puchta §. 425. not. b.

§. 544.

Vermächtnißnehmer ist, wem der Erblasser mit der Absicht, ihm eine Gunst zu erweisen, letztwillig einen Vermögensvortheil zuwendet, was auch durch Anordnung einer Leistung an einen Andern geschehen kann [a]. Die Person des Vermächtnißnehmers muß kenntlich bestimmt seyn, wie die des Erben [b]. Mehreren kann ein Vermächtniß gemeinschaftlich oder alternativ gegeben werden; im letzten Fall sind sie als Correalgläubiger anzusehen [c]; im ersten Fall heißen sie Collegatare. Auch einem Erben kann ein Vermächtniß gegeben werden (Prälegat i. w. S.), durch Belastung entweder einer bestimmten andern Person oder überhaupt der Erben oder der Erbschaft [d]. Im letzten Fall ist das Vermächtniß ein Prälegat i. e. S. [1]. Dieses ist aber als Vermächtniß nur wirksam, soweit es auf den Erbtheil der Miterben fällt [e]; den

[a] L. 11. §. 20...22. D. de legat. III. L. 49 §. 4...6. L. 69. §. 2. D. de legat. I.
[b] §. 29. J. de legat. 2. 20. L. 54. pr. D. de legat. I. L. 4. D. de reb. dub. 34. 5. cf. §. 491. 6. §. 493. not. c. d. [c] L. 16. D. de legat. II. cf. §. 213. 491. Anm. 4. a. E.
[d] L. 104. §. 3. D. de legat. I. L. 17. §. 2. eod. [e] L. 18. 116. §. 1. D. eod. L. 40. pr. D. de legat. III.

auf seinen eigenen Erbtheil fallenden Theil desselben hat der bedachte Erbe (Prälegatar) als Erbe [f], nicht als Legatar [2]. Doch wird ihm im Fall der Ablehnung der Erbschaft [g] oder deren Entreißung wegen Unwürdigkeit [h] das Ganze als Vermächtniß belassen.

Anm. [1] Buchholtz, die Lehre von den Prälegaten. Jena 1850., eine Monographie von nicht weniger als 696 Seiten.

[2] Der Grund davon: Heredi enim a semetipso legatum dari non potest, oder inutiliter legatur. L. 18. 34. §. 11. L. 116. §. 1. D. de legat. I. Folgerungen daraus: a) L. 75. §. 1. D. de legat. II. Pro parte heres institutus, cui praeceptiones erant relictae, post diem legatorum cedentem ante aditam hereditatem vita decessit: partem hereditatis ad coheredes substitutos pertinere placuit, praeceptionum autem portiones, quae pro parte coheredum constiterunt, ad heredes eius transmitti. b) L. 34. §. 11. cit. Si duobus sit legata, quorum alter heres institutus sit ... quod ei a se legatum est, ad collegatarium pertinebit. (cf. L. 116. §. 1. cit.). L. 34. §. 12. eod. Inde dicitur, si duo sint heredes, unus ex uncia, alter ex undecem unciis, et iis fundus legatus sit, unciarium heredem undecim partes in fundo habiturum, coheredem unciam. (cf. L. 2. pr. D. de instructo leg. 33. 7. L. 67. §. 1. D. de legat. I. L. 34. §. 13. eod.). Dazu vgl. Vangerow, „von dem Anwachsungsrecht bei Prälegaten", im civ. Arch. XXXV. 8., besonders S. 280. fg. und Pand. 6. Aufl. II. §. 523., gegen Buchholtz S. 371. fg. „So scharfsinnig übrigens auch die obigen Sätze (unter b.) erscheinen, so werden sie doch heutzutage kaum anwendbar seyn, ohne gegen den Willen des Erblassers zu verstoßen." Arndts a. a. O. S. 289.

2) Form der Errichtung.

§. 545.

Vermächtnisse können entrichtet werden 1) im Testament; 2) in Codicillen [a], neben einem Testament (codicilli testamentarii) oder ohne ein solches (codicilli ab intestato), und in jenem Fall mit oder ohne Bestätigung im Testament (codicilli confirmati oder non confirmati), mündlichen oder schriftlichen (codicilli nuncupativi oder scripti), unter den Formen der Testamentserrichtung, nur mit dem Unterschied, daß bei Privatcodicillen die Zuziehung von fünf Zeugen genügt, und bei schriftlichen die Siegelung entbehrlich ist [b]. Es kann aber 3) auch durch eine ganz

[f] L. 1. §. 6. D. quod legat. 43. 3. cf. L. 1. Cod. si cert. pet. 4. 2. L. 18. §. 3. D. ad Sc. Trebell. 36. 1. L. 90. D. ad leg. Falc. 35. 2. [g] L. 17. §. 2. L. 18. 87. 91. §. 2. D. de legat. I. L. 12. Cod. de legat. 6. 37. cf. L. 88. D. eod. [h] L. 18. §. 2. D. de his quae ut indign. 34. 9.

[a] Inst. de codicillis. 2. 25. Dig. de iure codicillorum. 29. 7. Cod. de codicillis. 6. 36.

formlose Erklärung des Erblassers an denjenigen, der es entrichten soll, ein Vermächtniß gültig errichtet werden; ob jedoch dies geschehen sey, muß der Vermächtnißnehmer lediglich von dem Eide des angeblich damit Beschwerten abhängig machen, und dieser kann verlangen, daß zuvor jener den Gefährdeeid schwöre [c].

Anm. 1 „Ueber die äußere Form der Codicille" s. Danz in Linde's Ztschr. IX. 8.; über die ganze Lehre von den Codicillen, Fein in der Fortsetzung von Glück's Erläutr. d. Pand. Bd. 44. 45. Mayer d. L. von den Legaten §. 18...28. Für Codicille Blinder ist dieselbe Form erforderlich, wie für deren Testamente. L. 8. Cod. qui test. fac. 6. 22. No. II. §. 9...11. Mayer a. a. O. S. 78.

2 Das formlose Vermächtniß nach Nr. 3. nennt man häufig Oralfideicommiß oder fideicommissum heredi (vel legatario) praesenti iniunctum. Diese Benennungen hängen zusammen mit der unrichtigen Meinung, daß nur mündliche Erklärung des Erblassers an den gegenwärtigen Onerirten jene Wirkung habe (arg. L. ult. Cod. cit. verb. *sine scriptura et praesentia testium*, und §. 12. J. cit. verb. *iusiurandum ... quod nihil tale a testatore audiverit*), einer Meinung, die noch jetzt manche Anhänger hat. Vgl. z. B. Mühlenbruch §. 730. Göschen III. 2. S. 550. Mayer a. a. O. §. 29. Seuffert's Arch. IV. 66. V. 38.; dagegen aber Vang. §. 528. Arndts a. a. O. S. 292. Sint. §. 208. not. 14. Seuffert §. 608. u. a. Ein dem Onerirten nicht mitgetheiltes unförmliches Schreiben des Erblassers ist freilich nicht genügend. Seuffert's Arch. II. 315. VIII. 72. vgl. IX. 52. — Ueber Geltendmachung gegen die Erben des Onerirten, namentlich vermöge erweislichen Geständnisses des letzten, s. das. V. 38. Unzulässigkeit der Zurückschiebung des Eides und der Gewissensvertretung: Vang. und Sint. a. a. O. — Ueber den Fall, wenn nur der Gegenstand, nicht die Existenz des Vermächtnisses streitig ist: Sint. a. a. O.

§. 546.

Eine als Testament ungültige letzte Willensordnung kann doch als Codicill bestehen, wenn der Erblasser diesen Willen ausgesprochen hat [a], durch die sog. clausula codicillaris, vorausgesetzt, daß die Erfordernisse eines gültigen Codicills vorhanden sind. Auf diese Weise kann dem Testament die Geltung als Codicill auch für den Fall erhalten werden, wenn es als Testament erst später ungültig wird, vorausgesetzt, daß der Grund der Ungültigkeit nicht ein solcher ist, der auch den Codicill ergreift. In Folge

b L. 8. §. 3. Cod. h. t. L. 28. in f. Cod. de testam. 6. 23. cf. L. 8. Cod. qui testam. fac. 6. 22. NO. II. §. 2. c L. ult. Cod. de fideicommiss. 6. 42. §. 12. J. de fideic. hered. 2. 23. cf. L. 21. pr. D. de legat. III.

a L. 29. §. 1. D. qui testam. fac. 28. 1. L. 88. §. 17. D. de legat. II. L. 8. §. 1. Cod. de codicill. 6. 36. cf. L. 1. 13. §. 1. D. de iure codic. 29. 7. L. 41. §. 3. D. de vulg. et pup. subst. 28. 6.

der Codicillarclausel werden nicht nur die im Testament enthaltenen Vermächtnisse, sondern auch die Erbeinsetzung, und zwar diese als Universalfideicommiß, aufrecht erhalten [b]. Der Eingesetzte hat die Wahl, das Recht des Erben oder des Universalfideicommissars geltend zu machen, kann aber nachher nicht mehr das einmal aufgegebene ergreifen [c], nur Eltern und Kinder ausgenommen [d].

Anm. 1 Vgl. überhaupt Fein a. a. O. Bd. 45. S. 184. fg. Vang. II. §. 527. Mayer a. a. O. §. 23 . . . 28.

2 Bei der Ausnahme in not. d. macht das Gesetz den willkürlichen, aber praktisch kaum je erheblichen Unterschied: si quis vero ex parentibus utriusque sexus ac liberis usque ad quartum gradum agnationis vinculis alligatus, vel cognationis nexu constrictus usque ad tertium, scriptus heres fuerit.

3) Inhalt der Vermächtnisse.

§. 547.

a) Im Allgemeinen.

Durch Vermächtniß können vermögensrechtliche Vortheile jeder Art gewährt werden. Nur muß es eine mögliche und rechtlich zulässige Leistung seyn, welche dem Beschwerten auferlegt wird, und der Gegenstand muß hinreichend bestimmt seyn, so daß es nicht blos in der Willkür des Beschwerten steht, ob er etwas und was er geben wolle [a]. Ungültig ist demnach das Vermächtniß einer dem Verkehr gänzlich entzogenen Sache [b], desgleichen einer solchen, in Ansehung deren dem Vermächtnißnehmer das Commercium fehlt [c]; nicht auch, wenn blos dem Beschwerten das Commercium fehlt, welcher dann, wenn die Sache eine fremde ist, wenigstens den Werth zu zahlen hat [d], und darauf hat denn in diesem Falle der Vermächtnißnehmer auch dann Anspruch, wenn zugleich ihm selbst das Commercium in Betreff der Sache selbst fehlt [e]. Auch wenn ihm nur wegen thatsächlicher Hindernisse deren Erwerb unmöglich ist, kann er doch den Werth verlangen [f].

Anm. Ueber den scheinbaren Widerstreit der Stellen in not. c. und e. vgl. Roßhirt I. S. 224. fg. Vang. §. 525. mit Puchta §. 528. not. h. und Vorles. II. S. 433.

[b] L. 88. §. 17. cit. [c] L. 8. pr. §. 1. Cod. h. t. 6. 36. [d] L. 8. §. 2. Cod. eod.

[a] L. 69. §. 4. D. de iure dot. 23. 3. cf. §. 491. [b] §. 4. J. de legat. 2. 20. L. 39. §. 9. 10. D. de legat. I. L. 14. Cod de legat. 6. 37. cf. L. 83. §. 5. L. 137. §. 6. D. de V. O. 45. 1. [c] L. 49. §. 2. D. de legat. II. cf. L. 34. D. de V. O. 45. 1. [d] L. 49. §. 3. D. de legat. II. [e] L. 40. D. de legat. I. [f] L. 114. §. 5. D. eod.

§. 548.

b) Nebenbestimmungen [a].

Vermächtnissen kann der Erblasser nicht nur, wie der Erbeinsetzung, aufschiebende Bedingungen [b], sondern auch auflösende Bedingungen [c] und Zeitbestimmungen jeder Art [d] wirksam hinzufügen. Ist dem Vermächtniß ein Modus beigefügt, so kann der Beschwerte bei Entrichtung des Vermächtnisses Caution wegen Erfüllung der Auflage verlangen [e], und wegen Nichterfüllung das Gegebene zurückfordern [f].

Anm. Vgl. überhaupt Mayer a. a. O. §. 33...40.

§. 549.

c) Substitution bei Vermächtnissen.

Eine Substitution ist bei Vermächtnissen 1) gleichwie bei der Erbeinsetzung, in der Art möglich, daß dasselbe Vermächtniß einem Andern gegeben wird für den Fall, daß der zunächst Bedachte es nicht erwerbe [a]; aber auch 2) so, daß mehrere nach einander denselben Gegenstand haben sollen, indem derjenige, dem er zuerst gegeben ist, denselben zu gewisser Zeit, z. B. nach seinem Tode, einem Andern herausgeben soll, und ebenso etwa dieser wieder einem Dritten, u. s. w. Dies versteht man unter fideicommissarischer Substitution oder precaria substitutio, wohin aber auch schon das dem Erben auferlegte Universalfideicommiß gehört (sog. indirecta heredis substitutio). Vermächtnisse solcher Art aber nennt man successive. Eine Art derselben sind die Familienfideicommisse, fideicommissa familiae relicta [b], d. i. solche, wodurch dem Beschwerten auferlegt wird, das Vermächtniß Angehörigen einer bestimmten Familie, es sey der des Erblassers oder einer andern, zu hinterlassen [1]. Hat der Erblasser nicht anders bestimmt, so kann der zunächst Beschwerte und so auch wieder jeder folgende

[a] Dig. de conditionibus et demonstrationibus et causis et modis eorum, quae in testamento scribuntur. 35. 1. [b] Cod. de conditionibus insertis tam legatis quam fideicommissis. 6. 46. cf. §. 495. [c] L. 26. Cod. de legat. 6. 37. cf. L. 55. D. de legat. I. [d] L. 1. pr. §. 1. 2. L. 79. pr. §. 1. D. h. t. 35. 1. cf. §. 552. [e] L. 40. §. 5. D. l. c. L. 19. D. de legat. III. [f] L. 17. D. de usu et usufr. leg. 33. 2. L. 21. §. 3. D. de ann. leg. 33. 1. cf. §. 74. 495. not. l...p.

[a] L. 50. pr. L. 77. §. 13. D. de legat. II. L. 3. D. de adim. leg. 34. 4. L. un. §. 7. Cod. de cad. toll. 6. 51. L. 6. Cod. de legat. 6. 37. [b] L. 114. §. 14...18. D. de legat. I. L. 32. §. 6. L. 67 pr. §. 1...7. L. 69. §. 1. 3. 4. D. de legat. II.

Vermächtnißträger nach seiner Wahl einem oder mehreren Angehörigen der Familie das Vermächtniß zuwenden [c]. Unterläßt er dieses, oder überträgt er den Gegenstand des Vermächtnisses an einen Fremden [2], so sind die nächsten Verwandten zuerst desjenigen, dessen Familie das Vermächtniß bestimmt ist, sodann des jedesmaligen Fideicommißinhabers berechtigt, dasselbe zu fordern [d]. Diejenigen aber, die zur Veräußerung ihre Einwilligung geben, verlieren ihren Fideicommißanspruch, und durch Einwilligung aller Familienglieder kann daher das Fideicommiß ganz aufgehoben werden [e].

Anm. [1] Unter Familie werden hier alle Verwandten begriffen (L. 69. §. 4. D. de legat. II.), und bei deren Abgang selbst der Gatte eines verstorbenen Descendenten. L. 5. Cod. de V. S. 6. 38.

[2] Jedoch L. 69. §. 1. D. de legat. II. Praedium, quod nomine familiae relinquitur, si non voluntaria facta est alienatio, sed bona heredis veneant, tamdiu emtor retinere debet, quamdiu debitor haberet bonis non venditis, post mortem eius non habiturus, quod exter heres praestare cogeretur.

[3] Nach nov. 159. cap. 2. soll das Familienfideicommiß in der Hand des vierten Inhabers (post quatuor generationes s. successiones) von selbst erlöschen und dessen freies Eigenthum werden (vgl. Pfeiffer prakt. Ausf. III. S. 54. fg.), wenigstens nach dem buchstäblichen Inhalt des Gesetzes dann, wenn jener einen unmündigen Vorgänger hatte (vgl. Marezoll in Löhr's Mag. IV. S. 203. fg.). Man hält aber diese Bestimmung wohl mit Recht für unpraktisch. Sint. §. 209. not. 37.

[4] Ein Rechtsinstitut von eigenthümlichem Charakter sind die deutschrechtlichen Familienfideicommisse, für welche das R. R. nicht maßgebend ist. Vgl. Rtslex. IV. S. 237. fg.

§. 550.

4) Regula Catoniana [a].

Eine nach ihrem Urheber benannte alte Rechtsregel sagt: ein Legat, welches unwirksam wäre, wenn der Testator sofort nach der Testamentserrichtung stürbe, bleibe (ungeachtet der bis dahin eingetretenen Veränderung der Umstände) unwirksam, wenn auch der Tod erst später erfolge [b]. Die Regel trifft nicht solche Legate,

[c] L. 67. pr. §. 2. D. de legat. II. L. 114. §. 17. D. de legat. I. [d] L. 3. pr. D. de iure codicill. 29. 7. L. 69. §. 3. D. de legat. II. L. 67. §. 3...7. eod. L. 114. §. 15...18. D. de legat. I. [e] L. 120. §. 1. D. de legat. I. L. 77. §. 27. D. de legat. II. L. 11. Cod. de fideicomm. 6. 42.

[a] Dig. de regula Catoniana. 34. 7. [b] L. 1. pr. D. h. t.

deren Anfall nicht der Regel gemäß sofort durch den Tod des Erblassers erfolgt [c], daher auch bedingte Legate nicht, wenn die Erfüllung der Bedingung noch nach dem Tode eintreten kann [d]; sie gilt auch nicht für Legate unter einer Bedingung, die noch erst beim Leben des Testators oder durch dessen Tod erfüllt werden soll [e]. Die Regel bezieht sich nicht auf den Mangel der Fähigkeit des Legatars [f] oder der Verkehrsfähigkeit der Sache [g], wegen dessen auch das bedingte Legat schlechthin ungültig ist.

Anm. [1] L. 1. pr. D. h. t. Catoniana regula sic definit: *Quod, si testamenti facti tempore decessisset testator, inutile foret, id legatum, quandocunque decesserit, non valere.* Quae definitio in quibusdam falsa est. §. 1. Quid enim si quis ita legaverit: *si post Kalendas mortuus fuero, Titio dato?* an cavillamur? Nam hoc modo, si statim mortuus fuerit, non esse datum legatum, verius est, quam inutiliter datum. L. 3. eod. Catoniana regula non pertinet ad hereditates neque ad ea legata, quorum dies non mortis tempore, sed post aditam cedit hereditatem. L. 41. §. 2. in f. D. 30. Ad conditionalia Catoniana non pertinet. — Vgl. überhaupt Harnier de regula Catoniana. Heidelb. 1820. Roßhirt im civ. Arch. X. 14. Guyet Abh. Nr. 5. Müller im civ. Arch. XIV. 13. Arndts im Rh. Mus. V. 9. Roßhirt Vermächtnisse I. S. 413. fg. Vang. II. §. 540.

[2] Einzelne Fälle der Anwendung enthalten a) antiquirte: Gai. II. 244. 245. Ulp. XXIV. 23. 24. §. 32. 33. J. de legat. 2. 20. cf. L. 25. 91. pr. D. de legat. I. L. 17. D. quando dies leg. 36. 2. b) noch praktische: L. 41. §. 2. D. de legat. I. cf. L. 18. D. de legat. II. L. 98. D. de cond. et dem. 35. 1. L. 13. Cod. de legat. 6. 37. — Ueber die Frage in not. f. g. s. besonders Arndts a. a. O. S. 209.; jedoch noch a. M. bezüglich beider Punkte Roßhirt a. a. O., bezüglich des unter not. g. Vang. §. 525. Anm. 1. a. E.

[3] Streitig ist, ob die Catonianische Regel auch auf Fideicommisse Anwendung gefunden habe, daher auch, ob sie im Justinianischen Rechte überhaupt noch gelte? Dagegen z. B. wieder Sint. §. 212. not. 6.

C. Aufhebung der Vermächtnisse.

§. 551.

1) Durch den Willen des Erblassers.

Der Erblasser kann jederzeit sowohl einzelne Vermächtnisse zurücknehmen [a], als auch die ganze Willensordnung, Testament

[c] L. 3. eod. cf. L. 7. §. 6. L. 8. 17. D. quando dies leg. 36. 2. L. 86. D. de cond. et dem. 35. 1. L. 13. D. de opt. leg. 33. 6. [d] L. 41. §. 2. D. de legat. I. cf. L. 3. D. h. t. [e] L. 1. §. 1. 2. L. 2. eod. [f] L. 59. §. 4. D. de hered. inst. 28. 5. cf. §. 542. 3. §. 492. not. c. §. 505. not. b. [g] §. 4. J. de legat. 2. 20. cf. §. 547. not. b.

[a] Inst. de ademtione vel translatione legatorum. 2. 21. Dig. de adimendis vel transferendis legatis vel fideicommissis. 34. 4.

oder Codicill, worin sie enthalten sind, aufheben. Durch Errichtung eines Testaments wird stillschweigend nicht nur das früher errichtete Testament seinem ganzen Inhalt nach aufgehoben, sondern auch die früher errichteten Codicille, also auch ein früheres mit der Codicillarclausel versehenes Testament, sofern nicht ein anderer Wille sich kund gibt [b]; ein neuer Codicill hebt den früheren nur auf, soweit der Inhalt beider unvereinbar ist [c]. Den Willen der Zurücknahme einzelner Vermächtnisse kann der Erblasser durch Ausstreichen der betreffenden Verfügung, wie durch ausdrückliche Erklärung kund geben [d]; es genügt überhaupt, um dem Vermächtniß seine Kraft zu nehmen, jeder Beweis der Willensänderung [e], die auch aus andern Handlungen, z. B. Veräußerung des vermachten Gegenstandes hervorgehen kann [f], und im Fall heftiger nicht versöhnter Verfeindung des Erblassers mit dem Vermächtnißnehmer vermuthet wird [g].

Bedingte Zurücknahme wirkt gleich der Errichtung unter der entgegengesetzten Bedingung [h]. Mit der Zurücknahme kann zugleich die Errichtung eines neuen Vermächtnisses anstatt des früheren verbunden seyn [i] (translatio legati [1]); hier ist aber der Regel nach jene nichtsdestoweniger wirksam, wenn gleich dieses nicht gültig ist [k].

Ist nicht zu erkennen, auf welches von mehreren Vermächtnissen die Zurücknahme sich beziehen soll, so ist sie für alle wirkungslos [2].

Anm. 1 L. 6. pr. D. h. t. Translatio legati fit quatuor modis: aut enim a persona in personam transfertur; aut ab eo, qui dare iussus est, transfertur, ut alius det; aut cum res pro re datur, ut pro fundo decem aurei; aut quod pure datum est, transfertur sub conditione. — Wesentlich ist dabei die Absicht des Erblassers, das eine Vermächtniß an die Stelle des andern zu setzen; verschieden davon der Fall: a) wenn nur dasselbe Vermächtniß an dieselbe Person wiederholt wird, b) wenn dieser mehrere Vermächtnisse cumulativ hinterlassen seyn sollen, c) wenn dem einen Vermächtniß-

b L. 5. D. de iure codicill. 29. 7. §. 1. J. de codicill. 2. 25. c §. 3. J. l. c. L. 6. §. 1. D. l. c. d L. 16. 17. D. h. t. 34. 4. e L. 3. §. 11. L. 15. D. eod. L. 27. Cod. de fideicommiss. 6. 42. cf. pr. J. h. t. 2. 21. f L. 15. 18. 24. §. 1. D. de adim. legat. 34. 4. L. 3. Cod. de legat. 6. 37. L. 11. eod. L. 1. §. 1. D. de instructo leg. 33. 7. L. 11. §. 13. D. de legat. III. §. 12. 21. J. de legat. 2. 20. g L. 3. §. 11. L. 4. D. h. t. 34. 4. cf. L. 13. 29. eod. h L. 10. 14. pr. eod. L. 6. pr. D. quando dies. 36. 2. i §. 1. J. h. t. L. 5...10. D. h. t. cf. L. 24. pr. eod. L. 87...89. D. de cond. et dem. 35. 1. L. 33. 34. pr. D. de legat. I. k L. 34. pr. cit. L. 20. D. h. t. 34. 4. cf. L. 7. 8. eod.

nehmer ein anderer als Collegatar für denselben Gegenstand beigegeben wird, oder d) mehreren dasselbe Ganze zugedacht ist. Vgl. L. 33. 34. §. 3. D. de legat. I. L. 44. §. 1. D. de legat. II. L. 12. D. de probat. 22. 3. L. 9. D. h. t. 34. 4. Ueber die Frage, was im Zweifel anzunehmen sey? insbesondere: „wenn in zwei miteinander geltenden letztwilligen Verordnungen demselben erst eine kleinere, dann eine größere Summe vermacht ist, hat man das im Zweifel als Vermehrung des vorigen Vermächtnisses oder als eine Ertheilung eines neuen zu dem vorigen anzusehen?" Schrader im civ. Arch. XXXIII. 1. Seuffert Pand. (3. Aufl.) §. 607. not. 9 a . . . 12.

2 So entscheidet L. 3. §. 7. D. h. t. (Ulp. lib. 24. ad Sab.). Si duobus Titiis separatim legaverit, et uni ademerit, nec appareat, cui ademtum sit, utrique legatum debebitur, quemadmodum et in dando, si non appareat, cui datum sit, dicemus neutri legatum: consequent und übereinstimmend mit L. 14. §. 1. eod. L. 2. D. de his quae pro non script. 34. 8. L. 73. §. 3. D. de R. J. L. 22. D. de probat. 22. 3. Widersprechend scheint L. 10. pr. D. de reb. dub. 34. 5. (Ulp. lib. 6. disput.) Si fuerit legatum relictum: *ex cognatis meis qui primus Capitolium ascenderit*, si simul venisse dicantur, nec apparet, quis prior venerit, an impedietur, legatum? vel: *ei, qui monumentum fecerit*, et plures fecerint, vel: *ei, qui maximus natu est*, et duo pares aetate sunt; sed et si legatum Sempronio amico fuerit relictum et duo sint aequa caritate coniuncti. Sed et si duobus hominibus eiusdem nominis fuerit legatum, puta Semproniis, mox Sempronio ademtum sit, nec appareat, cui ademtum sit, utrum datio in utriusque persona infringitur, an ademtio nulla est, quaeri potest. Item si ex pluribus servis eiusdem nominis uni vel quibusdam libertas relicta est. Et verius est, in his omnibus etiam legata et libertates impediri, ademtionem (Hal. *ademptione*) autem in utrumque valere. Den Schluß dieser Stelle ändert Göschen in der Ztschr. f. gesch. Rtsw. I. 6. in den Satz: *in ademtione autem utrumque valere.* Ueber andere ältere und neuere Erklärungs- oder Emendationsversuche vgl. das. S. 102. fg. und Arndts im Rtslex. VI. S. 288. fg. Dazu jetzt noch Huschke in Linde's Ztschr. n. F. IV. S. 299. fg. Wer nach L. 10. pr. cit. annimmt, daß die Ademtion auf alle Vermächtnisse zu beziehen sey (z. B. Vang. §. 541. Sint. §. 212. not. 16.), muß consequent dasselbe auch von einer zweifelhaften Translatio, insofern sie nach not. k. zugleich Ademtio ist, behaupten, und doch kann dieselbe als zweifelhafte Datio nicht wirksam seyn; also: wenn der Testator jedem seiner sechs Brüder ein Vermächtniß gab, später das Vermächtniß eines Bruders, vergessend ihn zu nennen, auf seinen Freund X transferirt, so ist allen Brüdern das Vermächtniß genommen, und X geht ebenfalls leer aus! Gleichwohl stimmt mit Vang. auch wieder Lang Hermeneutik S. 277., indem er nach *debebitur* in L. 3. §. 7. cit. ein ? setzt, und die Frage als verneinend ansieht, desgleichen Riebel in Linde's Ztschr. n. F. XIII. S. 293. fg., aus sehr schwachen innern Gründen, in L. 3. §. 7. cit. die Lesart *neutri* statt *utrique* oder *delebitur* statt *debebitur* billigend, und Pöschmann in Schletter's Jahrb. III. S. 252., welcher liest: *nec appareat, cui ademtum sit, utrique* (i. e. *et utri*) *legatum*

debeatur etc., was aber mit dem Nachsatz: *dicemus neutri legatum* logisch unverträglich ist.

2) Aus andern Gründen.

§. 552.

Ein Vermächtniß kann außerdem seine Gültigkeit verlieren 1) durch Verlust der Testamentifactio auf Seiten des Gebers [a]; 2) durch Wegfallen des Vermächtnißträgers, sofern nicht ein Anderer für ihn eintritt [b]; 3) durch den Tod des Vermächtnißnehmers vor dem Anfall des Vermächtnisses [c] oder dessen Unfähigkeit zur Zeit des Anfalls [d]; 4) durch Untergang des Gegenstandes [e], wofern nicht der Beschwerte dafür verantwortlich ist [f]; 5) durch concursus causarum lucrativarum [g]; 6) durch Ungültigkeit des Testaments, in oder neben welchem die Vermächtnisse hinterlassen sind, wenn auch der Grund der Ungültigkeit zunächst nur die Erbeinsetzung angeht [h] und nur nach prätorischem Rechte wirkt [i].

§. 553.

Die Regel, daß mit der Erbeinsetzung auch die Vermächtnisse fallen, erleidet jedoch bedeutende Ausnahmen: 1) vermöge der Codicillarclausel (§. 546.); 2) bei der Rescission des Testaments wegen Verletzung des Rechts der Notherben (§. 600.); 3) bei der Ungültigkeit der Erbeinsetzung wegen irriger Annahme des Todes eines Notherben oder früher eingesetzten Erben (§. 491. 1.), vorausgesetzt, daß nicht auch die Vermächtnisse nur auf jenem Irrthum beruhen; 4) wenn das Vermögen als erbloses an den Fiscus fällt (§. 608.); insbesondere 5) auch dann [a], wenn der Wegfall der Erbeinsetzung von dem Eingesetzten selbst, in der böswilligen Absicht, die Vermächtnisse zu vereiteln [b], nicht aus einem andern Grunde [c], entweder durch Ablehnung der Erbschaft [d] oder

[a] cf. §. 503. not. a. b. §. 542. not. a. [b] L. un. §. 9. Cod. de cad. toll. 6. 51. L. 29. pr. D. de legat. II. L. 29. D. de adim. leg. 34. 4. cf. §. 543. [c] L. 5. pr. D. quando dies leg. 36. 2. cf. §. 554. [d] L. 59. §. 4. D. de hered. instit. 28. 5. [e] §. 16...18. J. de legat. 2. 20. cf. L. 88. D. de legat. III. L. 22. D. de legat. I. L. 44. §. 2...4. L. 65. §. 2. eod. L. 39. D. de legat. II. L. 79. §. 2. D. de legat. III. [f] §. 16. J. cit. L. 22. §. 2. D. de legat. III. [g] §. 6. J. de legat. 2. 20. cf. §. 276. not. b. [h] L. 2. §. 2. L. 16. D. de iure codicill. 29. 7. L. 1. §. 1. in f. D. de legat. III. L. 181. D. de R. J. cf. L. 81. D. de legat. II. L. 14. Cod. de fideicomm. 6. 42. [i] L. 1. §. 4. D. ut in poss. legat. 36. 4. L. 22. D. de minor. 4. 4.

[a] Dig. si quis omissa causa testamenti ab intestato vel alio modo possideat hereditatem. 29. 4. Cod. si omissa sit causa testamenti. 6. 39. [b] L. 1. pr. § 13. L. 4. pr. D. l. c. [c] L. 5. 6. pr. §. 1. 3. L. 26. §. 1. eod. L. 77 §. 31. D. de legat. II. L. 8. §. 9. D. de inoff. test. 5. 2. [d] L. 1. §. 1. 2. 6. 7. D. h t.

auch wohl durch absichtliche Nichterfüllung einer Potestativbedingung [e] herbeigeführt worden ist. In diesem Falle werden die Vermächtnisse, nicht andere Verfügungen [f], nach dem prätorischen Edict aufrechterhalten; sie können gegen den Eingesetzten geltend gemacht werden, insofern dieser auf andere Weise, namentlich als Intestaterbe [g], nicht aus singulärem Rechtsgrunde [h], die Masse der Erbschaft oder einzelne Bestandtheile derselben besitzt [i] oder des Besitzes arglistig sich entäußert [k], oder wenn er für die Ablehnung einen Preis erhalten hat [l]; aber nöthigenfalls auch gegen den Dritten, welcher durch jene Arglist in den Besitz der Erbschaft gekommen ist [m]. Auch ein onerirter Vermächtnißnehmer, welcher arglistig die Ablehnung der Erbschaft bewirkt hat, kann gleicherweise in Anspruch genommen werden [n]. Wer selbst als Eingesetzter die Erbschaft ausgeschlagen, kann als Vermächtnißnehmer wegen Ablehnung anderer eingesetzter Erben jenes Recht in der Regel nicht geltend machen [o].

D. Erwerb der Vermächtnisse.

§. 554.

1) Zeitpunkt des Erwerbs [a].

Das Vermächtnißrecht entsteht für den Vermächtnißnehmer von selbst [b] in einem gewissen Zeitpunkt (dies legati vel fideicommissi cedit), welchen derselbe erleben und in welchem er fähig seyn muß, das Vermächtniß zu empfangen [c], wornach dieses denn auch auf seine Erben übergeht, sofern es nach der Natur seines Gegenstandes möglich ist [d], wenn gleich die Geltendmachung der Vermächtnißforderung (ubi dies legati venit) noch weiter hinausgerückt ist [e]. Jener Zeitpunkt ist der Regel nach der des Todes des Erblassers; dies legati cedit mortis tempore testatoris [f]; bei bedingten Vermächtnissen aber die Zeit der Erfüllung, wenn

[e] L. 1. §. 8. eod. [f] L. 8. 9. 22. pr. eod. [g] L. 1. pr. §. 1...4. 9. L. 6. §. 7. eod. [h] L. 30. eod. [i] L. 13...16. eod. [k] L. 1. §. 10...13. L. 6. §. 5. 6. eod. [l] L. 2. pr. eod. L. 1. Cod. h. t. [m] L. 2. §. 1. L. 3. 4. pr. §. 1. D. eod. [n] L. 4. §. 2. eod. [o] L. 7. 10. § 1. eod. cf. L. 22. §. 2. eod.

[a] Dig. quando dies legatorum vel fideicommissorum cedat. 36. 2. Cod. quando dies legati vel fideicommissi cedit. 6. 53. [b] cf. L. 65. §. 1. D. de legat. I. [c] L. 59. §. 4. D. de hered. instit. 28. 5. cf. L. 5. §. 7. L. 14. §. 3. D. h. t. 36. 2. [d] L. 5. pr. eod. cf. L. 2. 3. eod. [e] L. 21. D. eod. cf. L. 213. D. de V. S. §. 73. Anm. 2. [f] L. 5. §. 1. L. 7. D. eod. L. 6. Cod. eod. L. un. §. 1. 5. Cod. de cad. toll. 6. 51.

diese nicht schon vor dem Tode eingetreten [g]; ebenso bei Vermächtnissen mit einer Zeitbestimmung, die eine Bedingung in sich schließt [h], was im Zweifel [i] nicht nur bei einem sog. dies incertus an [k], sondern auch bei dem sog. dies incertus quando [l], insofern es ungewiß ist, ob der Vermächtnißnehmer ihn erlebe [m], anzunehmen ist; bei Vermächtnissen, die ihrem Gegenstande nach doch nicht auf die Erben übergehen können, der Zeitpunkt der Geltendmachung [n]. Dieser aber tritt nicht vor dem Erwerb der Erbschaft durch den Erben ein, und nicht vor Eintritt der beigefügten Zeitbestimmung [o].

§. 555.

2) Annahme und Ablehnung.

Der Vermächtnißnehmer erwirbt das Recht des Vermächtnisses zwar ohne Willen [a], aber nicht wider Willen; er selbst oder sein Erbe kann es ablehnen (repudiare legatum); durch die nach Eintritt des Zeitpunktes der Geltendmachung erklärte Ablehnung [b] wird das Vermächtniß völlig vereitelt [c], durch die einmal erklärte Annahme die Ablehnung ausgeschlossen. Von mehreren Vermächtnissen kann der Bedachte das eine annehmen, das andere ablehnen, sofern dies nicht dem Willen des Erblassers offensichtlich zuwider ist [d]; dasselbe Vermächtniß kann der Vermächtnißnehmer nicht zum Theil ablehnen, zum Theil annehmen [e], wohl aber, wenn er sich noch nicht erklärt hatte, jeder seiner Erben für seinen Antheil unabhängig von den Miterben annehmen oder ablehnen [f].

§. 556.

3) Anwachsungsrecht bei Vermächtnissen.

Erwirbt ein Vermächtnißnehmer das Vermächtniß nicht, so gereicht dies in der Regel, wenn nicht ein Substitut an seine Stelle tritt (§. 549.), dem Vermächtnißträger zum Vortheil, der

[g] L. 5. §. 2...5. L. 7. §. 5. L. 22. §. 1. D eod. L. 41. 69. 107. D. de cond. et dem. 35. 1. L. 65. §. 1. D. de legat. I. [h] L. 21. pr. D. h. t. [i] L. 26. §. 1. eod. L. 5. Cod. h. t. L. 46. D. ad Sc. Trebell. 36. 1. [k] L. 21. pr. 22. pr. D. h. t. L. 36. §. 1. D. de cond. et dem. 35. 1. L. 49. §. 1...3. D. de legat. I. cf. L. 3. Cod. h. t. [l] L. 4. pr. 13. D. h. t. L. 1. §. 2. L. 79. §. 1. D. de cond. et dem. 35. 1. L. 12. §. 1. D. de legat. I. L. 11. §. 6. L. 41. §. 13. D. de legat. III. [m] L. 4. §. 1. D. h. t. L. 79. pr. D. de cond. et dem. 35. 1. cf. §. 73. not. d...h. [n] L. 2. 3. 5. §. 1. D. h. t. cf. Dig. quando dies ususfructus legati cedat. 7. 3. [o] L. 7. pr. L. 21. D. h. t.

[a] L. 77. §. 3. D. de legat. II. L. 5. Cod. h. t. 6. 53. [b] L. 45. §. 1. D. de legat. II. [c] L. 38. §. 1. L. 44. §. 1. L. 86. §. 2. D. de legat. I. [d] L. 5. D. de legat. II. [e] L. 4. 6. 23. D. eod. cf. L. 58. eod. [f] L. 38. pr. D. de legat. I.

dadurch von der Last befreit wird. Sind aber Mehrere zu Einem Vermächtniß verbunden (collegatarii), so beschränken sie einander nur, sofern sie alle dasselbe wirklich erwerben [a]; das Wegfallen eines derselben befreit die übrigen von seiner Theilnahme; ihr Recht erstreckt sich nun auch auf dessen Antheil [b]. Sind sie nur durch die Identität des ihnen vermachten Gegenstandes verbunden (re coniuncti), so tritt diese Mehrung ihres Rechts durch Wegfall eines Theilnehmers von selbst ein, und die diesem auferlegten Lasten treffen sie nicht. Sind sie aber in derselben Verfügung mit demselben Vermächtniß gemeinschaftlich bedacht (re et verbis coniuncti), so steht es ihnen frei, den frei gewordenen Theil entweder abzulehnen oder mit seinen Lasten zu übernehmen, und zwar dieses mit Ausschließung anderer Collegatare der ersten Art [c]. Unter solchen, die, blos im Ausdruck verbunden, mit verschiedenen Vermächtnissen, wenn diese auch Theile derselben Sache zum Gegenstande haben, bedacht sind (verbis coniuncti), gibt es kein Anwachsungsrecht [d], ausgenommen sofern sie in dem ihnen bestimmten Theil durch Beifügung eines gemeinschaftlichen Collegatars (re coniunctus) verkürzt sind, in welchem Fall aber auch von denjenigen, denen in getrennten Verfügungen Theile derselben Sache vermacht sind, dasselbe gilt [e]. Der unzweifelhafte Wille des Erblassers ist übrigens in jedem Falle vor allem entscheidend [f].

Anm. [1] Vgl. die Litt. in §. 518. Anm. 1. und dazu Schneider, das altcivile und Justinianische Anwachsungsrecht bei Legaten und die caducarischen Bestimmungen der lex Jul. et Pap. Popp. Berlin 1837. (rec. von Huschke in den krit. Jahrb. II. S. 307. fg.).

[2] Durch die lex Papia Poppaea war bei Vermächtnissen wie bei testamentarischer Erbfolge das alte Accrescenzrecht, ausgenommen für Descendenten und Ascendenten, ausgeschlossen, dagegen eine caducorum vindicatio zu Gunsten der heredes und legatarii patres, dann des Aerars eingeführt. Ulp. XVII. 2. XVIII. XXIV. 12. 13. Gai. II. 206 . . . 208. 286. Justinian hat diese beseitigt und das Anwachsungsrecht wieder hergestellt, wie durch die a. 534. erlassene L. un. Cod. de caducis tollendis. 6. 51. näher bestimmt worden, aber nach der const. *Dedit* §. 6. schon bei Abfassung der Digesten beabsichtigt war.

[3] Ueber die Bedeutung der Coniunctio bei Vermächtnissen vgl. a) L. 80.

[a] L. 80. D. de legat. III. cf. L. 1. §. 3. L. 3. pr. D. de usufr. accresc. 7. 2. L. 34. §. 10. D. de legat. I. [b] §. 8. J. de legat. 2. 20. cf. L. 85. D. de legat. I. [c] L. un. §. 11. Cod. de cad. toll. 6. 51. cf. L. 89. D. de legat. III. [d] L. 1. pr. L. 11. D. de usufr. accresc. 7. 2. L. 84. §. 12. D. de legat. I. cf. L. 66. D. de hered. instit. 28. 5. L. 142. D. de V. S. [e] L. 41. pr. D. de legat. II. [f] L. un. §. 11. cit.

D. de legat. III. Coniunctim heredes institui aut coniunctim legari hoc est: totam hereditatem et tota legata singulis data esse, partes autem concursu fieri. cf. L. 1. pr. §. 3. D. de usufr. accresc. 7. 2. b) §. 8. J. h. t. Si eadem res duobus legata sit, sive coniunctim sive disiunctim, si ambo perveniant ad legatum, scinditur inter eos legatum; si vero alter deficiat . . . totum ad collegatarium pertinet. Coniunctim autem legatur, veluti si quis dicat: *Titio et Seio hominem Stichum do lego;* disiunctim ita: *Titio hominem Stichum do lego, Seio Stichum do lego;* sed et si expresserit: *eundem hominem Stichum,* aeque disiunctim legatum intelligitur. cf. L. 36. §. 2. D. de legat. I. c) L. 89. D. de legat. III. (Paul. ad leg. Jul. et Pap. Popp.). Re coniuncti videntur, non etiam verbis, quum duobus separatim eadem res legatur; item verbis, non etiam re: *Titio et Seio fundum aequis partibus do lego.* Praefertur igitur omnimodo ceteris, qui et re et verbis coniunctus est; quodsi re tantum coniunctus est, constat non esse potiorem; si vero verbis quidem coniunctus sit, re autem non, quaestionis est, an coniunctus potior sit? et magis est, ut et ipse praeferatur.

4 Nach älterem Rechte war in dieser Lehre sehr einflußreich der Unterschied zwischen dem legatum per vindicationem und per damnationem, welchem letzten das Fideicommiß gleich stand, Gai. II. 199. 205. 223. Ulp. XXIV. 12. 13., wovon auch noch Spuren in den Digesten: vgl. not. a. b. mit L. 16. pr. L. 34. §. 9. L. 84. §. 8. D. de legat. I. L. 7. D. de legat. II. L. 38. §. 2. D. de legat. III. L. 15. §. 1. L. 16. §. 2. D. de legat. I. Aber dagegen L. un. §. 11. cit. (not. c.): Ubi autem legatarii vel fideicommissarii duo forte vel plures sunt, quibus aliquid relictum sit, si quidem hoc coniunctim relinquatur, et omnes veniant ad legatum et pro sua portione quisque hoc habeat. Si vero pars quaedam ex his deficiat, sancimus eam omnibus, si habere maluerint, pro virili portione cum omni suo onere accrescere, vel si omnes noluerint, tunc apud eos remanere, a quibus derelictum est; cum autem quidam voluerint, quidam noluerint, volentibus solummodo id totum accedere. Sin autem disiunctim fuerit relictum, si quidem omnes hoc accipere et potuerint et maluerint, suam quisque partem pro virili portione accipiat . . . nisi testator apertissime et expressim disposuerit, ut uni quidem res solida, aliis autem aestimatio singulis in solidum praestetur. Sin vero non omnes legatarii, quibus separatim res relicta sit, in eius acquisitionem concurrant, sed unus forte eam accipiat, haec solida eius sit; quia sermo testatoris omnibus prima facie solidum assignare videtur, aliis supervenientibus partes a priore abstrahentibus, ut ex aliorum quidem concursu prioris legatum minuatur; si vero nemo alius veniat, tunc non vacuatur pars, quae deficit, nec alii accrescit, sed apud ipsum, qui habet, solida remaneat, nullius concursu deminuta. Et ideo si onus fuerit in persona eius, apud quem remanet legatum, adscriptum, hoc omnimodo impleat . . ., sin autem ad deficientis personam onus fuerit collatum, hoc non sentiat is, qui non alienum sed suum tantum legatum

imminutum habet. Diese Bestimmung ist nun überall anwendbar, sowohl wenn das Vermächtniß zunächst nur eine Forderung, als wenn es unmittelbar Eigenthum gibt, sowohl wenn es eine Geldsumme oder Quantität, als wenn es andere Sachen zum Gegenstande hat. Vgl. Seuffert's Arch. III. 83.

5 Daß bloße verbis coniuncti kein Accrescenzrecht haben, ist unzweifelhaft bei völliger Verschiedenheit des Gegenstandes; es muß jedenfalls idem aliquid seyn, was Mehreren hinterlassen ist. L. 84. §. 12. D. de legat. I. Manche (z. B. Mühlenbruch §. 790. not. 5. Rudorff in d. Ztschr. VI. S. 426.) sind aber anderer Meinung für den Fall, wenn bestimmte Theile desselben Ganzen in demselben Satze Mehreren hinterlassen sind, welche nämlich vorzugsweise unter verbis coniuncti verstanden werden, und zwar theils wegen L. un. §. 11. cit. „die in der That nichts von einem Accrescenzrecht der bloßen verbis coniuncti enthält," theils wegen L. 89. D. de legat. III. (Anm. 3.), „die ihrem wahren Sinn nach gar nicht von dem Accrescenzrecht, sondern von der Vindication des Caducum handelt, und die im justinianischen Recht nur allenfalls den Sinn haben kann, daß sie im Fall der Note e. dem verbis coniunctus einen Vorzug, bis er das ihm ursprünglich Bestimmte hat, einräumt." Puchta §. 542. Vang. §. 547. Genau gesehen behaupten jene, ein solcher verbis coniunctus sey eigentlich re et verbis coniunctus, und so viel muß allerdings zugegeben werden, daß ungeachtet der Theilbestimmung doch wohl eine Gemeinschaft des Vermächtnisses beabsichtigt und somit auch das ius accrescendi statthaft seyn könne. arg. L. 15. §. 1. L. 16. §. 2. D. de legat. I. Seuffert §. 621. not. 5. b. Seuffert's Arch. II. 211.

6 Eine Ausschließung des Accrescenzrechts wie der Theilung des Vermächtnisses durch die Concurrenz wird insbesondere auch dann angenommen, wenn Mehreren dieselbe Sache zur Last verschiedener Vermächtnißträger vermacht ist. L. 11. 12. D. de usufr. accresc. 7. 2.

§. 557.

4) Aufhebung des Erwerbs.

Der Erwerb eines Vermächtnisses kann wie der der Erbschaft rückgängig gemacht werden durch Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen den Erwerb, deren es aber nur bedarf, wenn durch die Annahme des Vermächtnisses Lasten übernommen sind, die dem Vermächtnißnehmer zum Nachtheil gereichen.

Ohne Willen desselben kann der Erwerb rückgängig werden: 1) durch Eintritt einer Resolutivbedingung, 2) durch später eintretende Unwirksamkeit der Erbeinsetzung, von der das Vermächtniß abhängt (§. 519. 520. 552.), 3) durch Entreißung desselben wegen Unwürdigkeit des Vermächtnißnehmers, die aber auch hier, wie bei der Erbschaft, ungeachtet erklärter Ablehnung des Unwürdigen stattfindet.

Anm. Die Gründe der Entreißung wegen Unwürdigkeit sind für Vermächtnisse größtentheils dieselben, wie für Erbschaften. Von den in §. 520. genannten Fällen gehören auch hieher die unter 1. a... h. und 2. a...d. Dazu kommen folgende besondere Fälle für Vermächtnisse, in welchen diese wegen Unwürdigkeit des Vermächtnißnehmers zum Vortheil des Vermächtnißträgers vereitelt werden: 1) wenn der Vermächtnißnehmer das Testament verheimlicht hat, L. 25. Cod. de legat. 6. 37. 2) wenn derselbe etwas aus der Erbschaft entwendet hat, in welchem Fall er soviel, als dessen Werth beträgt, am Vermächtniß einbüßt, L. 5. Cod. eod. cf. L. 48. D. ad Sc. Trebell. 36. 1. 3) wenn er nach Errichtung des Vermächtnisses den Erblasser beschimpft hat, und nicht ohnehin wegen stillschweigender Willensänderung dasselbe als unwirksam anzusehen ist. L. 1. 9. §. 1. D. de his quae ut indign. 34. 9. L. 31. §. 2. D. de adim. legat. 34. 4.

E. Das Recht des erworbenen Vermächtnisses.

1) Die Vermächtnißforderung.

§. 558.

Das Vermächtniß erzeugt eine Forderung des Vermächtnißnehmers gegen den Vermächtnißträger, quasi ex contractu [a], mit einer persönlichen Klage [b], personalis actio ex testamento oder actio legati. Die Klage geht auf vollständige und wirksame Gewährung desjenigen, was der Erblasser dem Kläger durch das Vermächtniß zuwenden wollte [c], worin auch Früchte begriffen seyn können [d]; auf den Schätzwerth, wenn die eigentliche Leistung, obwohl an sich nicht unmöglich, doch dem Verpflichteten ohne sein Verschulden nur mit unbilliger Beschwerung oder gar nicht zu beschaffen möglich ist [e]; auf Ersatz, sofern durch dessen Verschulden (dolus oder culpa, und zwar in der Regel levis culpa, unter Umständen nur lata culpa oder Mangel der diligentia quam suis rebus) die Leistung vereitelt ist [f], desgleichen im Fall des Verzuges [g], wonach insbesondere auch für entgangene Früchte und Zinsen Ersatz zu leisten ist [h]. Bei Vermächtnissen zu mildem Zweck

[a] §. 5. J. de obl. quasi ex contr. 3. 27. cf. §. 525. [b] L. 1. Cod. commun. de legat. et fideicomm. 6. 43. §. 2. J. de legat. 2. 20. [c] L. 11. §. 25. D. de legat. III. cf. L. 44. § 9. L. 116. §. 4. D. de legat. I. L. 39. pr. eod. [d] L. 3. §. 3. D. de usur. 22. 1. L. 39. §. 1. D. de legat. 1. L. 43. §. 2. D. de legat. II. L. 21. §. 2. D. de ann. leg. 33. 1. [e] L. 11. §. 17. L. 14. §. 2. D. de legat. III. L. 71. §. 3. 4. D. de legat. I. [f] L. 47. §. 4. 5. D. de legat. I. L. 26. §. 1. eod. cf. L. 108. §. 12. eod. L. 22. §. 3. D. ad Sc. Trebell. 36. 1. §. 250. Anm. 1. [g] L. 39. §. 1. L. 47. §. 6. D. de legat. I. L. 3. Cod. de usur. et fruct. 6. 47. [h] L. 78. §. 2. L. 84. D. de legat. II. L. 26. D. de legat. III. L. 3. pr. D. de usur. 22. 1. L. 1. 2. 4. Cod. de usuris et fructibus legatorum seu fideicommissorum. 6. 47. cf. L. 23. D. de legat. I. Gai. II. 280.

tritt selbst ohne Mahnung die Verbindlichkeit zum Ersatz der Früchte und Zinsen von der Todeszeit an ein, wenn sie nicht in 6 Monaten nach der Bekanntmachung des letzten Willens entrichtet sind [i], und muß das Doppelte gezahlt werden, wenn der Verpflichtete es zur Klage kommen läßt [k].

Die Vermächtnißklage findet nicht statt, bevor dies legati venit [l]. Ist jedoch das Vermächtniß an eine negative Potestativbedingung geknüpft, deren Erfüllung erst durch den Tod des Vermächtnißnehmers entschieden werden kann [m] oder vor diesem nur durch den schicklich nicht vorauszusetzenden Tod einer naheverbundenen andern Person [n], so kann der Vermächtnißnehmer die Entrichtung des Vermächtnisses, gleichwie eines unbedingten, fordern, falls er Sicherheit (Muciana cautio) dafür leistet, daß im Fall der Nichterfüllung der Bedingung das Empfangene nebst den Früchten werde zurückerstattet werden [o].

§. 559.

Die Vermächtnißforderung ist gesichert durch ein gesetzliches Pfandrecht an denjenigen Gütern, welche der Verpflichtete vom Erblasser erhalten hat [a]. Außerdem kann der Vermächtnißnehmer, wenn die Entrichtung des Vermächtnisses wegen einer Nebenbestimmung oder anderer Hinderungen Aufschub erleidet, Caution fordern [b], und, wenn diese nicht gewährt wird, Einweisung in den Besitz aller aus der Erbschaft herrührenden Güter des Verpflichteten [c], nach Umständen auch der arglistig veräußerten [d], erlangen, ausgenommen, wenn der Erblasser die Caution erlassen [e], oder der Vermächtnißnehmer ausdrücklich [f] oder stillschweigend durch Anstellung der Klage [g] darauf verzichtet hat, oder derselbe ohnehin sicher gestellt ist [h], und wenn der Verpflichtete aus persönlichen Gründen

[i] Nov. 131. cap. 12. cf. L. 46. §. 4. Cod. de episcop. 1. 3. [k] §. 19. 23. 26. J. de act. 4. 6. §. 1. J. de poena tem. lit. 4. 16. cf. L. 46. §. 7. Cod. l. c. §. 252. Anm. 1. b. [l] cf. §. 554. not. n. [m] L. 72. §. 2. L. 73 101. §. 3. L. 106. D. de cond. et dem. 35. 1. cf. L. 7. pr. L. 67. eod. [n] L. 72. pr. §. 1. eod. [o] L. 18. D. eod. cf. §. 495. not. k.

[a] L. 2. Cod. comm. de legat. 6. 43. cf. §. 373. Anm. 3. e. [b] Dig. ut legatorum seu fideicommissorum servandorum causa caveatur. 36. 3. [c] Dig. ut in possessionem legatorum seu fideicommissorum servandorum causa esse liceat. 36. 4. Cod. ut in possessionem legatorum seu fideicommissorum servandorum causa mittatur et quando satisdari debeat. 6. 54. [d] L. 5. §. 5. L. 8. 15. D. l. c. L. 6. Cod. l. c. [e] L. 2. 7. Cod. l. c. L. 12. D. h. t. 36. 3. [f] L. 46. D. de pact. 2. 14. [g] L. 1. §. 9. 10. D. h. t. 36. 3. [h] L. 1. §. 2. D. h. t. 36. 4. cf. L. 1. §. 11. D. 36. 3.

von der Cautionsleistung gesetzlich befreit ist [i]. Wenn sodann der Verpflichtete, nachdem er bei dem zuständigen Richter belangt worden, noch sechs Monate die Entrichtung des Vermächtnisses verzögert, so soll dem Vermächtnißnehmer die Besitzeinweisung selbst in andere Güter desselben gewährt werden (sog. missio in possessionem Antoniniana), mit dem Recht, sich aus deren Früchten Bezahlung zu verschaffen [k].

Anm. Was die erwähnten missiones in bona betrifft, so sind Einige, trotzdem daß im J. 533. 534. noch drei ausführliche Titel darüber in Pandekten und Codex aufgenommen worden, der Meinung, sie seyen von Justinian schon im J. 529. durch L. 1. Cod. comm. de legat. (cf. L. 3. §. 2. eod.) aufgehoben. Löhr im Mag. III. S. 195. im civ. Arch. V. S. 208. Sint. §. 35. not. 38. §. 211. not. 11. Vgl. dagegen Marezoll in Linde's Ztschr. IX. S. 125. fg. 305. fg. Arndts im Rtslex. VI. S. 307. fg. Bachofen Pfandrt. I. S. 301...326. Mit mehr Recht wird die heutige Anwendung bestritten von Sint. a. a. O. Seuffert §. 617. not. 2., vgl. oben §. 372. Anm. 1.

§. 560.

2) Dinglicher Rechtserwerb durch Vermächtniß.

Durch Vermächtniß kann dem Vermächtnißnehmer auch unmittelbar Eigenthum oder ein anderes dingliches Recht erworben werden, so daß er dasselbe sofort durch dingliche Klage gegen jeden kann geltend machen [a]. Dies setzt aber voraus, nicht nur, daß der Erblasser jenes gewähren wollte, sondern auch, daß das Eigenthum der Sache, an welcher dasselbe gewährt werden soll, oder auch das fragliche Recht selbst, falls es nämlich ein vererbliches ist, in dem erbschaftlichen Vermögen enthalten sey [1]. Der Erwerb des dinglichen Rechts tritt ipso iure ein [2], wenn dies legati cedit et venit [b], alsdann aber als unmittelbar vom Erblasser abgeleiteter Erwerb [c], daher auch ungeachtet der vom Vermächtnißträger inzwischen vorgenommenen Veräußerung [d], so zwar [e], daß in Folge

[i] Cf. α) L. 1. §. 18. D. h. t. 36. 3. β) L. 6. §. 1. eod. §. 93. Anm. 2. γ) L. 7. cod. L. 50 D ad Sc. Trebell. 36. 1 §. 434. Anm. δ) L. 6. pr. §. 1. Cod. ad Sc. Trebell. 6. 49. nov. 22. cap. 41. §. 417. not. g. [k] L 5. §. 16...25. D. h. t. 36. 4. L. 4. Cod. h. t. 6. 54.

[a] L. 1. Cod. comm. de legat. 6. 43. [b] L. 69. pr. D. de legat. I. L. 26. D. de usu leg. 33. 2. cf. L. 38. D. de legat. II. L. 7. §. 5. D. de dolo. 4. 3. L. 13. §. 3. D. ad leg. Aquil. 9. 2. [c] L. 80 D. de legat. II L. 64. D. de furt. 47. 2. cf. L. 38. §. 1. D. de legat. I. L. 86. §. 2. eod. §. 555. [d] L. 69. §. 1. L. 81. pr. D. de legat. I. L. 105. D. de cond. et dem. 35. 1. cf. §. 128. not. b. [e] L. 3. §. 2. 3. Cod. comm. de legat. 6. 43. cf. §. 162. Anm. 4. b.

derselben die Vindication des Vermächtnißnehmers auch nicht durch ordentliche Ersitzung ausgeschlossen seyn soll[3].

Anm. [1] Nach älterem Recht gab nur das legatum per vindicationem ein dingliches Recht und eine dingliche Klage, das legatum per damnationem nur eine personalis actio, das Fideicommiß eine extraordinaria persecutio, wobei aber zudem noch eine missio in rem dem Vermächtnißnehmer zur Hülfe kam. Justinian hat diese aufgehoben und jene Unterschiede beseitigend in jedem Fall personalis actio und in rem actio, wo die materiellen Voraussetzungen directer Zuwendung eines dinglichen Rechts durch den Erblasser vorhanden sind, gewährt. L. 1. Cod. comm. de legat. vgl. § 541. Anm. 2. Mayer a. a. O. §. 7...9. Mit Unrecht aber behauptet man, daß dieses auch dann der Fall sey, wenn das Vermächtniß eine Sache des Erben oder sonstigen Vermächtnißträgers zum Gegenstande hat. Vgl. Arndts a. a. O. S. 311. fg. Seuffert §. 418. not. 4 [a]. Mayer a. a. O. S. 25.

[2] Unter den ältern Juristen bestand bezüglich des legatum per vindicationem ein Schulstreit darüber, ob der Legatar das Eigenthum der vermachten Sachen ipso iure erwerbe, wie die Sabinianer behaupteten, oder erst durch die erklärte Annahme? sodann darüber, ob beim bedingten Legat nach Antretung der Erbschaft die Sache einstweilen als dem Erben oder, wie die Proculianer annahmen, als keinem gehörig zu betrachten sey? In beiden Punkten ist die Ansicht der Sabinianer recipirt worden. Gai. II. 194. 195. 200. vgl. not. b. c. L. 66. D. de rei vind. 6. 1. L. 12. §. 2. D. fam. erc. 10. 2. L. 1. §. 4. D. ad Sc. Silan. 29. 5. Arndts a. a. O. 324. fg.

[3] Mayer a. a. O. §. 9. E. A. Seuffert, das gesetzliche Veräußerungsverbot bei Singular- und Universalfideicommissen nach R. R. München 1854. (vgl. krit. Ueberschau II. S. 169.). Mit Unrecht beanstandet der letzte die Möglichkeit eines Vindicationslegats ex die. Vgl. L. 1. §. 2. D. quib. mod. am. ususfr. 7. 4. L. 9. §. 2. D. usufr. quemadm. cav. 7. 9. L. 72. §. 5. D. de cond. et dem. 35. 1. Fitting Begriff der Rückziehung S. 106. fg. (§. 128. Anm.).

F. Rechte des Vermächtnißträgers, insbesondere nach der lex Falcidia.

§. 561.

Der Vermächtnißnehmer soll sich nicht eigenmächtig in den Besitz des vermachten Gegenstandes setzen. Hat er als solcher eine Sache der Erbschaft in Besitz genommen, ehe der Erbe Besitzer geworden, und ohne dessen Erlaubniß, so hat dieser das interdictum quod legatorum auf Herausgabe der Sache oder Ersatz des Interesse [a]. Der mit dem Vermächtniß Beschwerte kann auch

[a] Dig. quod legatorum. 43. 3. Cod. quorum legatorum. 8. 3.

Anspruch machen auf Restitution desjenigen, was auf seine Kosten dem Vermächtnißnehmer mehr zukommt, als ihm durch das Vermächtniß bestimmt war [b], und so auch auf Ersatz von Verwendungen, indem der Vermächtnißnehmer überhaupt, so weit ihm der Vortheil der Sache zukommt, auch deren Lasten zu tragen hat [c]. Ein vorzüglich wichtiges Recht des beschwerten Erben aber ist dieses, daß er wegen übermäßiger Beschwerung der Erbschaft nach der lex Falcidia [d] den Vermächtnissen einen Abzug machen darf.

§. 562.

1) Das Recht der quarta Falcidia.

Nach der lex Falcidia [a] und dem sie erweiternden spätern Recht [b] soll die Hinterlassung von Vermächtnissen und andern ihnen gleichgestellten letztwilligen Zuwendungen regelmäßig nur mit der Beschränkung gültig seyn, daß den Erben mindestens ein Viertheil des erbschaftlichen Vermögens ohne Belastung übrig bleibe [1]. Demnach ist der in höherem Maße beschwerte Erbe berechtigt, von jedem Vermächtniß nach Verhältniß so viel in Abzug zu bringen, als nöthig ist, um jenes Viertheil (quarta Falcidia) zu erhalten. Er kann dieses Recht durch Einrede [c] oder Klage [d] geltend machen [2] und zwar nach Verschiedenheit der Umstände, durch rei vindicatio [e], indebiti condictio [f], in factum actio [g], de dolo actio [h], und mittelbar durch das interdictum quod legatorum [i]; auch kann er bei Entrichtung des Vermächtnisses, wenn die Ueberschwerung zweifelhaft ist, sich Caution leisten lassen, und dann später aus dieser klagen [k]. Aber nur in Ansehung der dem Erben, dem gesetzlichen oder Testamentserben, auferlegten Vermächtnisse findet dieses Recht des Abzugs statt [l], nicht auch in Ansehung derjenigen, welche einem Vermächtnißnehmer auferlegt sind [m]; doch erleiden

[b] L. 70. §. 1. L. 116. §. 4. D. de legat. I. [c] L. 58...61. D. de legat. I. [d] Inst. de lege Falcidia. 2. 22. Dig. ad legem Falcidiam 35. 2. Cod. 6. 50. cf. Gai. II. 224...227. Pauli sentt. III. 8.

[a] L. 1. pr. D. h. t. 35. 2. pr. J. h. t. 2. 22. [b] Cf. α) Gai. II. 254. §. 5. J. de fideicomm. hered. 2. 23. L. 2. 3. Cod. h. t. 6. 50. β) L. 18. pr. D. h. t. L. 5. Cod. ad Sc. Trebell. 6. 49. γ) L. 5. 12. 18. Cod. h. t. L. 2. Cod. de m. c. donat. 8. 57. L. 77. §. 1. D. de legat. II. L. 32. §. 1. D. de don. int. v. et u. 24. 1. [c] L. 14. §. 1. L. 80. §. 1. D. h. t. [d] L. 1. §. 11. eod. [e] L. 26. pr. eod. [f] L. 9. Cod. h. t. cf. §. 341. not. r. [g] L. 77. §. 2. D. de legat. II. [h] L. 23. D. de dolo. 4. 3. [i] cf. §. 561. not. a. [k] L. 1. §. 12. L. 31. D. h. t. L. 1. et sqq. D. si cui plus quam per legem Falcidiam licuerit legatum esse dicetur. 35. 3. [l] L. 1. §. 2. L. 18. pr. D. h. t. 35. 2. [m] L. 47. §. 1. D. h. t. L. 22. §. 5. L. 55. §. 2. D. ad Sc. Trebell. 36. 1.

durch den Abzug, der jenen trifft, auch diese eine verhältnißmäßige Minderung [n], wenn nicht der Wille des Erblassers dagegen ist [o].

Anm. [1] Ueber die lex Falcidia, ein Plebiscit a. u. 714., berichtet in L. 1. pr. D. h. t. Paulus lib. sing. ad leg. Falc.: Lex Falcidia lata est, quae primo capite liberam legandi facultatem dedit usque ad dodrantem his verbis: *Qui cives Romani sunt, qui eorum post hanc legem rogatam testamentum facere volet, ut eam pecuniam easque res quibusque dare legare volet, ius potestasque esto, ut hac lege sequenti licebit.* Secundo capite modum legatorum constituit his verbis: *Quicunque civis Romanus post hanc legem rogatam testamentum faciet, is quantum cuique civi Romano pecuniam iure publico dare legare volet, ius potestasque esto, dum ita detur legatum, ne minus quam partem quartam hereditatis eo testamento heredes capiant. Eis, quibus quid ita datum legatumve erit, eam pecuniam sine fraude sua capere liceto, isque heres, qui eam pecuniam dare iussus damnatus erit, eam pecuniam debeto dare, quam damnatus est.* Das erste Capitel bezog sich auf ältere die Legate beschränkende Gesetze, lex Furia und Voconia, die hier abrogirt werden. Gai. II. 225. 226. Die Bestimmung des zweiten Capitels wurde dann *α*) auf Fideicommisse ausgedehnt durch das Sc. Pegasianum, *β*) auf Fideicommisse ab intestato insbesondere durch eine Constitution von Divus Pius, und *γ*) durch Interpretation auch auf andere mortis causa capiones. Vgl. not. b. *α...γ*.

[2] Ueber die Art der Geltendmachung, namentlich durch doli exceptio, vgl. Ubbelohde über den Satz: *ipso iure compensatur* S. 57. fg.

§. 563.

2) Berechnung der Quarta.

Um zu bestimmen, ob und in welchem Maße das dem Erben gebührende Viertheil geschmälert sey, ist erforderlich 1) den wahren Vermögensbetrag der Erbschaft zur Todeszeit des Erblassers zu ermitteln [a], also den dermaligen Gesammtgeldwerth der Rechte (Activa) zu berechnen [b], und davon die Schulden (Passiva) abzurechnen [c], gleich den eigentlichen Erbschaftsschulden aber auch die Kosten der Bestattung des Erblassers [d] und der Uebernahme und Klarstellung des erbschaftlichen Vermögens [e], sodann den an andere Personen zu entrichtenden Pflichttheil [f] und auch den eigenen Pflichttheil des

[n] L. 32. §. 4. D. h. t. cf. L. 1. §. 19. D. ad Sc. Trebell. 36. 1. [o] L. 32. §. 4. cit. L. 25. §. 1. D. h. t. L. 21. §. 1. D. de ann. leg. 33. 1. L. 77. §. 1. in f. D. de legat. II.

[a] §. 2. J. h. t. 2. 22. L. 73. pr. D. h. t. 35. 2. cf. L. 9. eod. L. 30. pr. 56. pr. eod. [b] L. 42. 62. §. 1. L. 63. pr. eod. cf. *α*) L. 73. §. 1. 4. *β*) L. 56. pr. §. 1. L. 63. §. 1. *γ*) L. 1. §. 18. L. 82. *δ*) L. 1. §. 17. L. 21. pr. 56. §. 2. *ε*) L. 62. pr. eod. [c] §. 3. J. h. t. L. 39. D. eod. cf. L. 54. 81. §. 1. 2. eod. L 6. pr. Cod. h. t. [d] §. 3. J. cit. L. 1. §. 19. L. 2. D. h. t. [e] L. 72. eod. L. 22. §. 9. Cod. de iure delib. 6. 30. [f] L. 36. §. 1. Cod. de inoff. test. 3. 28.

beschwerten Erben selbst [g] vorab in Abzug zu bringen; 2) ebenso auch den Gesammtbetrag der Vermächtnisse und der ihnen gleichzuachtenden Zuwendungen, soweit sie das dem Erben Zukommende mindern [h], gleichfalls mit Rücksicht auf die Todeszeit des Erblassers [i], festzustellen [1]. Sofern dann diese Summe drei Viertheile der ersten überschreitet, so werden alle Vermächtnisse nach Verhältniß um so viel gekürzt, daß ein Viertheil jener ersten Summe frei bleibt [k]. In dieses Viertheil aber wird dem Erben alles, was er als Erbe bekommt oder behält [l], eingerechnet [2], also namentlich auch der Betrag ungültiger oder wegfallender Vermächtnisse [m], und so auch der auf seinen eigenen Erbtheil fallende Theil eines Prälegats [n], nicht auch, was er als Vermächtniß [o] oder zur Erfüllung einer Bedingung außer seinem Erbtheil von andern bekommt [p] oder nur erst durch ein vortheilhaftes Geschäft in Ansehung der Erbschaft, nicht aus derselben, gewinnt [q], wohl aber noch das, was ihm der Erblasser bei Lebzeiten mit dieser Bestimmung zugewendet hat [r], sowie er auch dasjenige, was ihm erst im letzten Willen absichtlich anstatt des falcidischen Viertheils irgendwie zugewendet ist, nicht noch außer diesem behalten soll [s].

Anm. 1 Die Berechnung des Betrags der Erbschaft wie der Vermächtnisse auf die Todeszeit kann schwierig seyn, wenn eine Forderung oder Schuld der Erbschaft oder ein Vermächtniß erst später fällig oder bedingt oder aus andern Gründen, z. B. wegen Beziehung auf die Lebensdauer einer Person, rücksichtlich des Betrags ungewiß ist. Hier wird nach not. b. c. i. theils durch Anschlag des commodum temporis theils durch Anwendung von Wahrscheinlichkeitsrechnung und Cautionen geholfen. Vgl. Arndts im Rtslex. VI. S. 313...316. 331. 32.

2 Die Regel ist näher bestimmt in L. 91. D. h. t., die aber zugleich gewisse Besonderheiten beim Universalfideicommiß andeutet. In quartam hereditatis, quam per legem Falcidiam heres habere debet, imputantur res, quas iure hereditario capit, non quas iure legati vel fideicommissi vel implendae conditionis causa accipit: nam haec in quartam non computantur. Sed in fideicommissaria hereditate restituenda, sive legatum vel fideicommissum datum sit heredi sive praecipere vel deducere vel

g cap. 16. 18. X. de testam. 3. 26. h L. 1. §. 10. L. 19. L. 87. pr. D. h. t. L. 50. 51. eod. L. 61. eod. L. 15. Cod. h. t. i L. 30. §. 4. eod. L. 15. §. 8. eod. cf. α) L. 45. pr. 66. pr. 73. §. 4. L. 88. §. 3. eod. β) L. 45. §. 1. L. 73. §. 2. L. 1. §. 12. eod. γ) L. 3. §. 2. L. 47. pr. 68. pr. eod. §. 220 Anm. 4. k L. 73. §. 5. D. eod. l L. 74. 91. D. h. t. cf. L. 15. §. 6. L. 24. §. 1. eod. m L. 11. pr. L. 50. 51. 76. §. 1. eod. n L. 91. cit. o L. 74. 91. cit. L. 15. §. 7. eod. cf. L. 75. eod. L. 22. pr. eod. p L. 40. §. 1. L. 76. pr. 91. eod. q L. 3. pr. §. 1. eod. r L. 56. §. 5. eod. s L. 75. 90. eod.

retinere iussus est, in quartam id ei imputatur; pro ea vero parte, quam accepit a coherede, extra quartam, id est, quod a coherede accipitur. Sed et si accepta pecunia hereditatem restituere rogatus sit, id quod accipit in quartam ei imputatur, ut D. Pius constituit. Sed et quod implendae conditionis causa fideicommissum heredi datur, in eadem causa esse admittendum sciendum est; si quid vero implendae conditionis causa heres accipiat a legatariis, in Falcidiae computationem non prodesse, et ideo, si centum praedium legaverit defunctus, si quinquaginta heredi legatarius dederit, centum legatis computationem fieri et quinquaginta extra hereditatem haberi, ne in quartam imputentur. Vgl. Buchholtz v. Prälegaten S. 436. fg. Neuner, die institutio ex re certa S. 93...116. Vang. §. 536 (6. Aufl. S. 561...577.). Rudorff zu Puchta's Vorles. §. 546. Anm. 3. und unten §. 584. — Eine Modification der Regel bezüglich der Vermächtnisse enthalten a) L. 22. pr. D. h. t. Nesennius Apollinaris Julio Paulo: Ex facto, domine, species eiusmodi incidit: Titia filias suas tres numero aequis ex partibus scripsit heredes, et a singulis legata invicem dedit, ab una tamen ita legavit tam coheredibus eius quam extraneis, ut Falcidiae sit locus. Quaero, an adversus coheredes suas, a quibus legata et ipsa accepit, uti possit Falcidia, et, si non possit vel doli exceptione summovenda sit, quemadmodum adversus extraneos computatio Falcidiae iniri possit? Respondi: id quidem, quod a coherede legatorum nomine percipitur, non solet legatariis proficere, quominus Falcidiam patiantur; sed quum is, qui legatum praestiturus est, ab eodem aliquid ex testamento petit, non est audiendus desiderans uti adversus eum Falcidiae beneficio, si id, quod percepturus est ex voluntate testatoris, suppleat quod deducere desiderat. Plane ceteris legatariis non universum, quod coheredi praestat, imputabit, sed quantum daturus esset, si nihil ab eo perciperet. Vgl. Buchholtz zur Lehre von den Wechsellegaten in Sell's Jahrb. III. 7., von Prälegaten S. 107. 453. fg. b) L. 75. D. h. t. Sed si ideo legatum ei datum est, ut integra legata vel fideicommissa praestet, deneganda erit actio legati, si lege Falcidia uti mallet.

3) Abzug der Quarta von verschiedenen Erbtheilen [1].

§. 564.

Jeder von mehreren Erben hat selbständig für sich Anspruch auf die Quarta seines Erbtheils, ohne Rücksicht darauf, ob und in welchem Maße auch seine Miterben überschwert sind [a]. Wer zu seinem Erbtheil auch den seinem Miterben erworbenen hinzubekommt, z. B. als Erbe desselben, hat nun jenes Recht für beide Erbtheile, für jeden besonders [b]. Wenn aber 1) ein Erbe vermöge des Anwachsungsrechts mehrere Erbtheile bekommt, so wird zwar für jeden

[a] §. 1. J. h. t. L. 77. D. h. t. [b] L. 1. §. 15. eod.

derselben die Quarta besonders berechnet, aber was jener durch den anwachsenden Erbtheil mehr als dessen Viertheil gewinnt, muß er sich in die Quarta seines ursprünglichen Erbtheils einrechnen lassen [c]. Eben so muß 2) der mit seinem Kinde eingesetzte Vater zum Vortheil der ihm auferlegten Vermächtnisse sich anrechnen lassen, was er durch die Erbeinsetzung des Kindes zu Eigenthum oder Nießbrauch mehr gewinnt [d]. 3) Ist Jemand durch mehrfache Erbeinsetzung zu verschiedenen Erbtheilen berufen, z. B. zu einem unter Bedingung, zum andern unbedingt, so wird die Quarta von allen wie von einem berechnet [e], und dies gilt denn auch [f], wenn Jemand zugleich als Institutus und als Substitutus zur Erbschaft kommt [2].

Anm. [1] Vgl. überhaupt v. d. Pfordten Abh. Nr. 1. Hoffmann in Sell's Jahrb. I. 9. Sigmund, über die Berechnung der quarta Falcidia, wenn eine und dieselbe Person mehrere Theile derselben Erbschaft erhält. München 1846., auch Arndts im Rtslex. IV. S. 316. fg. Vang. Pand. §. 535.

[2] Deutlich und allgemein anerkannt ist dies in L. 87. §. 4. D. h. t. für den Fall, wenn der einem unmündigen Kinde substituirte Miterbe als Vulgarsubstitut an dessen Stelle tritt. Dagegen hat aber in einer Beziehung Zweifel erregt L. 1. §. 13. D. h. t. Id, quod ex substitutione coheredis ad coheredem pervenit, proficit legatariis; is enim similis est heres (Huschke will bessern: *fere)* ex parte pure ex parte sub conditione heredi instituto. Sed ea, quae ab eo legata sunt, si omiserit hereditatem, non augebuntur, scilicet, si ab eo nominatim data sunt, non: *quisquis mihi heres erit.* Nach dem letzten Satz behauptet man, daß die dem weggefallenen Institutus namentlich auferlegten, obwohl nach §. 543. dem Substituten dennoch zur Last fallenden Vermächtnisse durch die Vereinigung beider Erbtheile keinesfalls gewinnen können. Vang. 6. Aufl. S. 545. fg. Dies setzt voraus, daß man das *ab eo* nicht auf das vorhergehende *is* bezieht, sondern auf *coheredis*, was grammatisch kaum zulässig scheint, man möchte denn mit Puchta *qui omiserit* lesen. Dasselbe Bedenken steht, von andern abgesehen, auch der von Huschke und Pernice (§. 565. Anm. 1.) wieder vertheidigten Meinung des Donellus entgegen, welche unterscheidet, ob der Miteingesetzte vor oder nach dem Tode des Erblassers weggefallen. Bezieht man aber *ab eo* auf den substituirten coheres, so spricht der letzte Satz von einem Fall des Anwachsungsrechts (Nr. 1.). Hoffmann a. a. O. S. 331. 384. fg. Arndts a. a. O. S. 317.

§. 565.

Auch durch Pupillarsubstitution können sich eigenthümliche Modificationen in der Anwendung des falcidischen Gesetzes ergeben:

[c] L. 78. eod. cf. §. 568. not. l. L. 1. §. 14. D. eod.? [d] L. 21. §. 1. L. 25. §. 1. eod. [e] L. 11. §. 7. L. 87. §. 3. eod. [f] L. 1. §. 13. L. 87. §. 4. 5. 8. in f. eod.

Der Vater kann die Erbschaft des Pupillen nur, soweit sie seine, des Vaters, Erbschaft ist, den Pupillarsubstituten als solchen nur, so weit er mittelbar des Vaters Erbe wird, mit Vermächtnissen beschweren, und nur nach dem Bestand der väterlichen Erbschaft zur Todeszeit des Vaters ist die Quarta zu berechnen.

Die dem Substituten des enterbten Pupillen blos als solchem auferlegten Vermächtnisse sind ganz ungültig, auch wenn der letzte mit Vermächtnissen bedacht ist [a], oder auch, nicht durch den Willen des Vaters [b], dennoch die väterliche Erbschaft oder einen Theil derselben erhalten hat [c]; nur sofern der Substitut selbst außerdem als Vermächtnißnehmer oder als Erbe von dem Vermögen des Vaters etwas erhält, sind sie gültig, und zwar als stillschweigend bedingte Vermächtnisse, für welche im letzten Fall mit den dem Substituten als Erben des Vaters unbedingt auferlegten Vermächtnissen zusammen nach dem Bestand der väterlichen Erbschaft zur Todeszeit die Quarta zu berechnen ist [d].

Ist aber das Kind Erbe des Vaters, so sind die dem Substituten und dem Pupillen auferlegten Vermächtnisse als bedingte und unbedingte Vermächtnisse aus der väterlichen Erbschaft des letzten zusammenzurechnen [e], und ist für beide gemeinschaftlich wiederum nach jenem Zeitpunkt die Quarta zu bestimmen, ohne Rücksicht auf spätere Minderung oder Mehrung des Pupillarvermögens [f], auch wenn der Pupill, nicht durch des Vaters Willen, als Erbe eines Miterben noch einen andern Erbtheil hinzuerworben hat [g]. Sind mehrere demselben Pupillen substituirt, so rechnet wieder jeder für sich [h].

Wenn nun ferner der Pupillarsubstitut zugleich Miterbe des Pupillen ist, so werden alle dem einen und dem andern, und zwar dem ersten sowohl als Institutus wie als Substituten, auferlegten Vermächtnisse von den beiden nun vereinigten Theilen der väterlichen Erbschaft gemeinschaftlich getragen und von beiden wird gemeinschaftlich die Quarta berechnet [i]; und dasselbe findet auch

[a] L. 24. Cod. de legat. 6. 37 L. 41. §. 3. D. de testam. mil. 29. I. cf. §. 542. [b] L. 87. §. 7. D. h. t. 35. 2. [c] L. 103. pr. D. de legat. III. [d] L. 10. 11. §. 8. D. h. t. 35. 2. cf. L. 1. §. eod. [e] L. 1. §. 12. L. 31. eod. cf. L. 1. pr. §. 1. D. si cui plus. 35. 3. [f] L. 11. §. 5. eod. L. 79. eod. cf. L. 41. §. 6. D. de vulg. et pup. subst. 28. 6. [g] L. 42. D. l. c. L. 14. §. 3. D. h. t. 35. 2. cf. not. b. c. [h] L. 11. §. 6. L. 80. pr. eod. cf. §. 564. not. a. [i] L. 87. §. 4. 5. 8. eod. cf. L. 41. §. 6. D. cit.

dann statt, wenn ein und derselbe mehrere Kinder desselben Vaters als Pupillarsubstitut beerbt [k]. Jedoch bleiben im ersten Falle die dem Pupillen selbst schon über das Maß auferlegten Vermächtnisse jedenfalls nur in dem Maße gültig, wie sie es für jenen waren, wenn gleich dem substituirten Miterben von seinem ursprünglichen Erbtheil mehr als das Viertheil übrig bleibt [l]; und dasselbe ist auch in dem andern Fall anzunehmen, wenn der Erbtheil des einen oder andern Pupillen schon an sich überschwert war.

Anm. Der Inhalt dieses §. ist in einzelnen Punkten, wegen der Schwierigkeit der betreffenden Stellen, sehr streitig. Vgl. darüber außer den in §. 564. Anm. 1. angeführten Schriften noch insbesondere Huschke, „die Prästation der Legate in Doppeltestamenten," in Linde's Ztschr. n. F. VI. 11. VII. 2. 6. Herrmann das. VIII. 14. und vorzüglich Vangerow im civ. Arch. XXXVI. 10. 12. XXXVII. 13., sodann H. Pernice commentationes iur. rom. duae, pag. 12. sq., und Gordan de legis Falcidiae ratione in duplicibus testamentis ponenda. Bonnae 1856 (mir nur durch die Anzeige in Schletter's Jahrb. III. S. 263. bekannt).

4) Wegfall des Abzugs.

§. 566.

Die Anwendung des falcidischen Gesetzes ist überhaupt ausgeschlossen 1) bei Soldatentestamenten [a]; 2) nach deutlich erklärtem Willen des Erblassers [b]; 3) wenn der Erbe darauf verzichtet, sey es, daß er wissentlich und ohne Vorbehalt die Vermächtnisse ganz entrichtet [c], oder auch nur deren vollständige Auszahlung zusagt [d]; der Erbe soll sogar, wenn er nur einzelne Vermächtnisse in solcher Willensmeinung ganz entrichtet, als stillschweigend verzichtend auf den Abzug auch bezüglich der übrigen angesehen werden [e]; 4) wenn der Erbe die Errichtung eines Inventars versäumt [f]; 5) beim Universalfideicommiß, wenn der Erbe gezwungen antritt (§. 586.).

Anm. [1] In Betreff der Ausnahme unter 2) ist streitig, ob ein ausdrückliches Verbot des Abzugs vorausgesetzt werde? oder genüge, daß der Erblasser ohne Irrthum über den Bestand seines Vermögens mehr als $^3/_4$ desselben vermacht habe? Das letzte behaupten gegen die bisher herrschende Meinung Marezoll in Löhr's Mag. IV. S. 354. fg. und neuerdings Reuner, die institutio

[k] L. 14. §. 2. D. h. t. cf. not. g. [l] L. 87. §. 5. eod.

[a] L. 7. Cod. h. t. 6. 50. L. 12. Cod. de testam. mil. 6. 21. cf. L. 17. 92. 96. D. h. t. 35. 2. [b] Nov. 1. cap. 2. §. 2. cf. L. 27. D. h. t. [c] L. 1. 9. Cod. h. t. L. 9. §. 5. D. de iur. et facti ignor. 22. 6. cf. L. 15. § 2. L. 16. pr. D. h. t. [d] L. 19. Cod. h. t. 6. 50. L. 46. 71. D. h. t. cf. L. 15. §. 1. eod. [e] Nov. 1. cap. 3. [f] L. 22. §. 14. Cod. de iure delib. 6. 30. nov. 1. cap. 2. cf. §. 509.

ex re certa S. 117. fg. Die Wahrheit liegt in der Mitte. Arndts im Rtslex. VI. S. 320. Vang. §. 538. Anm. 1. 2.

[2] Die Ausnahme 3) betreffend sucht Puchta §. 538. den Satz unter not. e. als unvernünftigen durch eine andere Deutung des Gesetzes dem Gesetzgeber abzunehmen. Dagegen Sint. §. 216. not 46.

§. 567.

In Ansehung einzelner Vermächtnisse kann der Abzug entweder 1) in der Art wegfallen, daß eben nur der Erbe denselben einbüßt, oder 2) zum Nachtheil der übrigen Vermächtnißnehmer, indem diese so viel größern Abzug erleiden, um den Ausfall der Quarta zu decken, oder 3) so, daß ein Vermächtniß gleich einer Schuld vom Vermögen vorabgezogen wird, was denn bald nur dem Erben bald auch den übrigen Vermächtnißnehmern zum Nachtheil, den letzten aber auch wohl zum Vortheil gereichen kann. Jeder dieser Fälle kann nach Anordnung des Erblassers eintreten [a]; im Zweifel aber hat das Verbot des Abzugs von einem einzelnen Vermächtniß die erste Wirkung, und als stillschweigend beabsichtigt wird dieses angenommen, wenn der Erblasser die Veräußerung eines vermachten Grundstücks dem Vermächtnißnehmer untersagt hat [b]. Außerdem tritt dieselbe Wirkung ein, wenn der Erbe nur für einzelne Vermächtnisse auf sein Recht verzichtet [c], oder solche böswillig zu vereiteln gesucht hat [d]. Die dritte Wirkung aber tritt nach Rechtsvorschrift ein bei dem Vermächtniß des Pflichttheils [e] und zu mildem Zweck [f], und wenn der Frau vom Manne Sachen, die nur ihretwegen angeschafft waren, vermacht sind [g].

Anm. [1] Unrichtig ist es, wenn Puchta §. 549. allgemein sagt, die Befreiung durch Rechtsvorschrift, wornach ein Vermächtniß als aes alienum zu behandeln sey, habe ganz dasselbe Resultat, wie im Falle unter Nr. 1. Wenn z. B. von 1200 Vermögen 200 ad pias causas und 800 an Andere vermacht sind, so müßte der Regel nach der Erbe 300 haben, und dazu von jenen 20, von den andern 80 abgegeben werden; nun aber kann der Erbe nur 250 verlangen und die letzten erleiden nur einen Abzug von 50; sie erleiden gar keinen Abzug, wenn ihre Vermächtnisse nur 200, die ad pias causas 800 betragen. Wenn dagegen bei gleichem Vermögen die Vermächtnisse ad pias causas z. B. 1000, die übrigen 800 betragen, so würden der Regel nach jene auf 500, diese auf 400 eingeschränkt, und der Erbe behielte 300; nun aber erhalten die letzten nur 150, der Erbe 50. Vgl. Rudorff zu Puchta's Vorles. II. §. 549. Anm. 1.

[a] Nov. 1. cap. 2. §. 2. L. 88. pr. §. 1. 2. D. h. t. 35. 2. cf. L. 64. eod. [b] nov. 119. cap. 11. [c] nov. 1. cap. 3. cf. §. 566. not. c...e. [d] L. 59. pr. D. h. t. [e] L. 87. §. 4. D. de legat. II. [f] nov. 131. cap. 12. [g] L. 81. §. 2. D. h. t. 35. 2.

[2] Keine wahre Ausnahme von der Regel enthalten L. 28. §. 1. D. de legat. I. L. 57. 81. §. 1. D. h. t. cf. L. 1. §. 10. eod. L. 1. §. 12. D. de dote praeleg. 33. 4.; auch nicht L. 15. Cod. h. t., welche Mühlenbruch §. 761. und Puchta §. 549. mißverständlich auf das Vermächtniß des Wirthschaftsinventars eines Gutes (instrumentum fundi) an dessen Eigenthümer beziehen, während sie nur von den jenes betreffenden Urkunden (instrumenta praediorum) spricht. Arndts a. a. O. S. 322. not. 347. vgl. Rudorff zu Puchta a. a. O. not. b.

II. Von einzelnen Arten der Singularvermächtnisse insbesondere.

§. 568.

Ihrem Gegenstande nach sind die Vermächtnisse von unerschöpflicher Manchfaltigkeit. Einzelne Classen derselben sind jedoch besonders hervorzuheben. Die Quellen enthalten eine Reihe von Titeln über besondere Vermächtnißgegenstände; diese enthalten aber großentheits nur Interpretationen des letzten Willens, welche häufig nur auf römischem Sprachgebrauch beruhen, daher heutzutage nicht schlechthin entscheidend seyn können.

§. 569.

A. Vermächtniß einzelner bestimmter Sachen.

Ist eine bestimmte Sache Gegenstand des Vermächtnisses (species legata), so ist zu unterscheiden:

1) Die Sache gehört zur Erbschaft. Alsdann wird der Vermächtnißnehmer, sobald dies legati cedit et venit, unmittelbar Eigenthümer der Sache [a]; er kann dieselbe vindiciren, nebst ihrem Zuwachs und Zubehör [b], hat auch als Vindicant von jenem Zeitpunkt an Anspruch auf die Früchte [c], muß dagegen die auf der Sache haftenden Lasten und Rechte anderer Personen anerkennen [d], insbesondere auch die dem Vermächtnißträger selbst zustehenden Servituten wieder einräumen [e]. Ist jedoch das Recht ein solches, welches dem Eigenthümer das Haben der Sache selbst oder doch den wesentlichsten Nutzen derselben entzieht oder zu entziehen droht, als Emphyteusis oder Superficies, Nießbrauch, Pfandrecht, so kann dieses der Beschwerte gegen den Vermächtnißnehmer nicht mehr geltend machen [f], und muß, wenn dasselbe einem Dritten

[a] L. 1. Cod. commun. de legat. 6. 43. §. 2. J. de legat. 2. 20. cf. §. 559. not. b. c.
[b] L. 24. §. 2. D. de legat. I. L. 39. D. de legat. II. L. 16. L. 91. §. 3.. 6. D. de legat. III. cf. L. 44. 86. eod. [c] L. 42. D. de usur. 22. 1. cf. L. 32. §. 1. D. de legat. II. fragm. Vat. §. 44. [d] arg. L. 45. §. 2. D. de legat. I. L. 69. §. 3. eod.
[e] L. 116. §. 4. D. eod. L. 18. D. de servit. 8. 1. [f] L. 26. 76. §. 2. D. de legat. II.

zusteht, und dem Erblasser dieses bekannt war, die Sache frei von dieser Beschränkung gewähren [g]; wenn aber dem Vermächtnißnehmer selbst das fragliche Recht zustand, so kann dieser außer dem Eigenthumserwerb weiter nichts ansprechen [h]; überall vorausgesetzt, daß nicht ein anderer Wille des Erblassers erkennbar vorliegt [1]. Ob übrigens der Erblasser die eigene Sache irrthümlich für eine fremde gehalten, ist ohne Einfluß auf die Wirksamkeit des Vermächtnisses [i]. Ist nur ein Theil einer Sache Gegenstand des Vermächtnisses, so treten die obigen Wirkungen pro parte ein; wenn aber die Sache reell untheilbar ist, so kann der Vermächtnißnehmer durch den Geldwerth des Theils abgefunden werden [k].

2) Die Sache gehört dem Vermächtnißträger. Alsdann wird zwar nicht das Eigenthum unmittelbar erworben, das Vermächtniß ist aber zu erfüllen, wenn gleich der Erblasser die Sache für seine eigene gehalten hat [l].

3) Die Sache gehört einem Dritten. Alsdann kann der Vermächtnißnehmer, falls der Erblasser jenes wußte, mit persönlicher Klage die Verschaffung der Sache, oder, wo diese ohne unbillige Beschwerde nicht möglich ist, wenigstens deren Werth fordern [m], es wäre denn ohne Schuld und Verzug des Verflichteten die Erfüllung schlechthin unmöglich geworden [n]. Hat aber der Erblasser die Sache als seine eigene vermacht, so kann der Vermächtnißnehmer wohl Usucapionsbesitz (pro legato) erlangen [o], mit Besitzzurechnung [p], in der Regel aber [q] nicht die Gewährung des Eigenthums oder seines Werthes [r], daher auch nicht Evictionsleistung [s] fordern. Dasselbe gilt, wenn die Sache zum Theil eine fremde ist, bezüglich dieses Theiles [t]. Hat der Erblasser erst nach Errichtung des Vermächtnisses die Sache veräußert, so gilt dies in der Regel als Zurücknahme desselben; hat er sie erst später erworben, so treten die Wirkungen unter Nr. 1 ein.

[g] L. 66. §. 6. eod. L. 57. D. de legat. I. §. 5. J. de legat. 2. 20. L. 6. Cod. de fideicomm. 6. 42. cf. L. 21. D. de probat. 22. 3. [h] L. 85. D. de legat. II. [i] §. 11. J. l. c. [k] arg. L. 26. §. 2. D. de legat. I. [l] L. 67. §. 8. D. l. c. [m] §. 4. J. l. c. L. 39. §. 7. L. 71. §. 3. D. de legat. I L. 11. §. 17. L. 14. §. 2. L. 30. §. ult. D. de legat. III. cf. L. 61. D. ad leg. Falc. 35. 2. (§. 563. not. h). [n] §. 16. J. l. c L. 22. §. 2. D. l. c. [o] Dig. pro legato 41. 8. cf. L. 1. §. 2. D. de Publ. act. 6. 2. §. 170. Anm. 1. [p] L. 14. §. 1. D. de usucap. 41. 3. [q] cf. L. 10. Cod. de legat. 6. 37. L. 6. Cod. de fideicomm. 6. 42. L. 72. D. ad Sc. Trebell. 36. 1. [r] L. 67. §. 8. D. de legat. II. [s] L. 77. §. 8. D. de legat. II. [t] L. 5. §. 1. 2. D. de legat. I. L. 30. §. 4. D. de legat. III. cf. not. g.

4) Gehört die Sache dem Vermächtnißnehmer selbst, so ist das Vermächtniß unwirksam; nur kann jener Ersatz fordern, sofern er die Sache erst nach Errichtung des Vermächtnisses gegen eine Gegenleistung, nicht vom Erblasser selbst, erworben hat [u]. Gehörte sie ihm schon zu jener Zeit, so ist das Vermächtniß wirkungslos, wenn gleich er später nicht mehr Eigenthümer ist [v], ausgenommen a) wenn ihm die Sache auf den Fall der Veräußerung vor dem Tode des Erblassers [w], oder b) unter irgend einer [2] später zu erfüllenden Bedingung [x] vermacht ist, c) wenn derselbe nur widerrufliches Eigenthum hatte [y], d) wenn dem Erblasser oder dem Erben, oder auch, falls dies dem Erblasser bekannt war, einem Dritten ein dingliches Recht an der Sache [z], oder auch nur e) eine Forderung auf dieselbe gegen den Vermächtnißnehmer zustand [zz].

Anm. [1] Wird dem Pfandgläubiger die verpfändete Sache vermacht, so erlischt sein Pfandrecht durch Confusio, aber seine Forderung bleibt bestehen, si voluntas testatoris compensare volentis evidenter non ostenderetur (not. h.) Mit Unrecht aber behauptet man (Roßhirt II. S. 159.), daß ihm der Onerirte ein anderes Pfand bestellen oder die Schuld zahlen müsse, wenn auch ein Dritter der Schuldner sey. Keineswegs sagt dies Paulus in den sentt. III. 6. §. 8. Si res obligata creditori, cuius causam testator non ignoravit, per damnationem legata sit, luitio ad heredis sollicitudinem spectat. Arndts im Rtslex. VI. S. 327.

[2] L. 1. §. 2. D. de reg. Cat. Item si tibi legatus est fundus, qui scribendi testamenti tempore tuus est, *si eum vivo testatore alienaveris*, legatum tibi debetur, quod non deberetur, si testator statim decessisset. Die ausgezeichneten Worte sind als Bedingung des Vermächtnisses, nicht als Voraussetzung der Wirksamkeit des unbedingten zu verstehen. Mit Unrecht halten übrigens Manche das Legat der eigenen Sache nur unter dieser Bedingung für gültig. Unter dieser ist trotz der Catoniana regula, unter einer anderen gemäß derselben das Vermächtniß gültig. L. 98. D. de cond. Mea res sub conditione legari mihi potest, quia in huiusmodi legatis non testamenti facti tempus sed conditionis expletae spectari oportet. Arndts im Rh. Mus. V. S. 207. 253. fg. im Rtslex. S. 328. fg.

§. 570.

B. Vermächtniß einer Sachgesammtheit.

Ist eine Sachgesammtheit (§. 48.) vermacht, so kann im Zweifel der Vermächtnißnehmer nur diejenigen, aber alle diejenigen

[u] §. 6. J. de legat. 2. 20. L. 34. §. 2. D. de legat. I. [v] §. 10. J. l. c. cf. §. 550. Anm. 2. L. 66. §. 6 in f. D. de legat. II. [w] L. 1. §. 2. D. de reg. Cat. 34. 7. L. 18. D. de legat. II. [x] L. 41. §. 2. D. de legat. I. L. 98. D. de cond. et dem. 35. 1. cf. §. 550. not. d. [y] L. 82. §. 1. D. de legat. I. [z] L. 71. §. 5. L. 86. §. 4. eod. cf. L. 86. pr. L. 43. §. 3. eod. L. 66. §. 6. in f. D. de legat. II. [zz] L. 39. §. 2. D. de legat. I.

Sachen, welche noch zur Todeszeit des Erblassers die Gesammtheit bilden, in Anspruch nehmen [a]. Die Bestimmungen des §. 569. können dabei gleichfalls in Anwendung kommen, insofern eben auch hier ein individuell bestimmter Gegenstand vermacht ist. Der Erblasser kann übrigens nach Belieben eine gewisse Art von Sachen seines Vermögens unter einer Gesammtbenennung Jemanden hinterlassen, worüber mehrere besondere Titel nähere Erklärungen geben [b]. Das Vermächtniß eines solchen Inbegriffs kann auch blos Zugabe oder Anhang eines andern Vermächtnisses seyn; dann besteht es nur mit diesem als dem Hauptvermächtniß [c].

§. 571.

C. Vermächtniß einer Summe oder Quantität.

Ist eine bestimmte Summe oder eine Quantität vertretbarer Sachen vermacht, ohne andere Beschränkung [a], so geht die Vermächtnißklage auf Zahlung derselben, wenn auch in der Erbschaft nichts der Art vorhanden ist [b], wobei die Wahl der nicht näher bestimmten Qualität dem Beschwerten zusteht [c]. Sind vertretbare Sache ohne Bestimmung der Quantität vermacht, desgleichen baares Geld ohne Summe, so beschränkt sich das Vermächtniß auf das im Nachlaß Vorfindliche [d].

§. 572.

D. Vermächtniß einer Rente.

Eine Summe oder Quantität kann als eine nach gewissen Zeitfristen wiederkehrende Leistung vermacht werden, z. B. als jährliche, annuum legatum [a], es sey auf Lebenszeit des Vermächtnißnehmers, was im Zweifel anzunehmen ist [b], oder auch mit Erstreckung auf dessen Erben und Erbeserben, als immerwährende Rente [c], zu unterscheiden von dem Vermächtniß einer bestimmten Summe mit Festsetzung verschiedener Zahlungstermine [d]. Jenes

[a] §. 18. J. de legat. 2. 20. L. 21. D. de legat. I. L. 28. D. quando dies. 36. 2. [b] Dig. de tritico vino vel oleo legato. 33. 6. de instructo vel instrumento legato. 33. 7. de penu legata 33. 9. de supellectile legata. 33. 10. de auro argento mundo ornamentis unguentis veste vel vestimentis et statuis legatis. 34. 2. cf. L. 79. §. 1. D. de legat. III. L. 65. §. 4...7. L. 66. L. 81. §. 1...3. eod. [c] L. 1. §. 1. D. de instr. leg. 33. 7.

[a] L. 5. D. de trit. leg. 33. 6. [b] L. 3. pr. eod. [d] L. 4. eod. [d] L. 1. 2. 3. §. 1. L. 6. et sqq. eod. cf. L. 51. D. de legat. I. §. 570. not. b.

[a] Dig. de annuis legatis et fideicommissis. 33. 1. [b] L. 8. D. l. c. [c] L. 12. Cod. de legat. 6. 37. cf. L. 65. D. de V. S. [d] L. 3. D. h. t. 33. 1. L. 20. 26. §. 2. D. quando dies. 36. 2.

Rentenvermächtniß zertheilt sich in so viele einzelne Vermächtnisse, als Zahlungstermine sich ergeben, deren jedes seine eigene Zeit des Anfalls hat, im Zweifel zu Anfang der gesetzten Fristen [e]. Bei Berechnung der falcidischen Quarta ist jede fällige Rente unter Berücksichtigung der Zwischenzinsen auf ihren Werth zur Todeszeit zurückzuführen [f]; wann darnach zuerst eine Schmälerung der Quarta sich ergibt, dann kann der Erbe rückwärts von allen einzelnen Renten den verhältnißmäßigen Abzug begehren oder die fernere Zahlung dagegen aufrechnend einstellen [g]; kommen aber noch andere Vermächtnisse in Betracht, so kann entweder der Verkaufwerth der Rente angeschlagen oder durch Cautionsleistung bis zum Tode des Vermächtnißnehmers geholfen werden [h]. Bei immerwährender Rente wird der 25fache Betrag als Capitalwerth angenommen [i].

§. 573.

E. Vermächtniß des Lebensunterhalts [a].

Dieses wird ebenso wie das annuum legatum als eine Reihe verschiedener Vermächtnisse betrachtet, insofern in verschiedenen Terminen das zum Unterhalt des Vermächtnißnehmers Bestimmte herzugeben ist [b]. Es erstreckt sich im Zweifel ebenfalls auf dessen Lebenszeit und endigt jedenfalls durch dessen Tod [c], daher hier zur Berechnung der falcidischen Quart eine Wahrscheinlichkeitsrechnung über Lebensdauer Anwendung findet [d]. In Ermangelung näherer Bestimmung geht das Vermächtniß auf alles und nur das zum eigentlichen Lebensunterhalt Nothwendige [e], nach richterlichem Ermessen [f]. Alimente können auch einem Erbunfähigen vermacht werden [g]. Das Vermächtniß der Alimente bis zur Mündigkeit wird bis zur sog. plena pubertas ausgedehnt [h]. Eine allgemein lautende Zurücknahme der Vermächtnisse wird im Zweifel nicht auf

[e] L. 4. 5. 8. 11. 22. D. h. t. 33. 1. L. 10...12. D. quando dies. 36. 2 L. 1. Cod. eod. 6. 53. L. 10. D. de cap. min. 4. 5. [f] L. 45. pr. L. 73. §. 4. D. ad leg. Falc. 35. 2. [g] L. 47. pr. D. l. c. [h] L. 1. §. 16. L. 55. D. l. b. [i] L. 3. §. 2. D. l. c. cf. §. 220. Anm. 4.

[a] Dig. de alimentis vel cibariis legatis. 34. 1. [b] L. 20. D. quando dies. 36. 2. [c] L. 26. in f. D. l. c. L. 15. pr. D. h. t. 34. 1. L. 8. §. 10. D. de transact. 2. 15. [d] L. 68. pr. D. ad leg. Falc. 35. 2. [e] L. 6. 7. 21. 23. D. h. t. 34. 1. [f] L. 14. §. 2. L. 22. eod. L. 14. D. de ann. leg. 33. 1. cf. §. 348. not. d. [g] L. 11. D. h. t. L. 3. pr. D. de his quae pro non script. 34. 8. [h] L. 14. §. 1. D. h. t. cf. §. 36. not. f.

das der Alimente bezogen [i]. Der damit beschwerte Vermächtnißnehmer kann demselben keinen Abzug machen, wenn er auch selbst von Seiten des Erben Abzug erleidet [k].

Anm. Ueber die Wahrscheinlichkeitsrechnung bezüglich des Alimentenvermächtnisses sagt Aem. Macer lib. 2. ad leg. vices. hered. in L. 68. pr. D. ad leg. Falc.: Computationi in alimentis faciendae hanc formam esse Ulpianus scribit, ut a prima aetate usque ad annum vicesimum quantitas alimentorum triginta annorum computetur eiusque quantitatis Falcidia praestetur; ab annis vero viginti usque ad annum vicesimum quintum, annorum viginti octo; ab annis vigintiquinque usque ad annos triginta, annorum vigintiquinque; ab annis triginta usque ad annos triginta quinque, annorum viginti duo; ab annis triginta quinque usque ad annos quadraginta, annorum viginti; ab annis quadraginta usque ad annos quinquaginta tot annorum computatio fit, quot aetati eius ad annum sexagesimum deerit, remisso uno anno; ab anno vero quinquagesimo usque ad annum quinquagesimum quintum, annorum novem; ab annis quinquaginta quinque usque ad annum sexagesimum, annorum septem; ab annis sexaginta, cuiuscunque aetatis sit, annorum quinque; eoque nos iure uti Ulpianus ait et circa computationem ususfructus faciendam. Solitum est tamen a prima aetate usque ad annum trigesimum computationem annorum triginta fieri, ab annis vero triginta tot annorum computationem inire, quot ad annum sexagesimum deesse videntur; nunquam ergo amplius quam triginta annorum computatio initur. Sic denique et si reipublicae ususfructus legetur, sive simpliciter sive ad ludos, triginta annorum computatio fit. — Streitig ist, ob diese Berechnung definitiv entscheide oder nur provisorisch gelte? Konopak, Beitr. zur Lehre v. d. Berechnung der falcid. Quart. Rostock 1811. Fritz in Löhr's Mag. IV. 16. Roßhirt I. S. 558. fg. — Sie ist auch beim annuum legatum anwendbar: Konopak a. a. O. S. 16. fg. Schrader im civ. Arch. II. S. 155. Ueber den Umfang der Anwendung überhaupt vgl. Pfeiffer im civ. Arch. XXVIII. 13.

§. 574.

F. Vermächtniß einer Gattungssache.

Ist eine blos nach der Gattung bestimmte nicht an sich vertretbare Sache vermacht (genus legatum), und es befinden sich Sachen dieser Gattung in der Erbschaft, so gebührt dem Vermächtnißnehmer eine derselben [a], im Zweifel nach seiner Wahl [b], vorausgesetzt nur, daß der Gegenstand nicht zu allgemein und unbestimmt bezeichnet sey [c]. Wenn aber auch in der Erbschaft solche Sachen

i L. 18. §. 3. D. eod. k L. 77. §. 1. D. de legat. II. cf. §. 562. not. o.

a L. 71. pr. D. de legat. I. b §. 22. J. de legat. 2. 20. cf. §. 579. c L. 69. §. 4. D. de iure dot. 23. 3.

nicht vorhanden sind, so ist das Vermächtniß, falls nicht der Erblasser in anderer Meinung war, gleichwohl wirksam, wenn es nur nicht, was hier noch leichter der Fall seyn kann, an der erforderlicher Bestimmtbarkeit der Leistung mangelt [d].

Anm. L. 71. pr. cit. sagt: Si domus alicui simpliciter sit legata, neque adiectum quae domus, cogentur heredes quam vellet domum ex his, quas testator habebat, legatario dare; quodsi nullas aedes reliquit, magis derisorium est quam utile legatum. Hiernach hält man im letzten Fall jedes Legat der Art schlechthin für ungültig (Vang. §. 549. Puchta §. 529.), oder wenigstens das einer unbeweglichen Sache (Roßhirt II. S. 14. fg.). „Aber es kann auch in solchem Fall sehr wohl das Legat der Gattung hinreichend bestimmt seyn, um es als vollkommen gültig anzusehen. Wenn z. B. einem Officier ein dienstfähiges Reitpferd, einem Lohnkutscher ein Paar guter Wagenpferde ... vermacht würde u. dgl. m., wer möchte den Erben aller Verpflichtung entbinden?" selbst auch, „wenn Jemanden ein anständiges Wohnhaus in einer bestimmten Stadt ... vermacht wäre," während freilich aedes legatae ein zu unbestimmter Gegenstand ist, als „worunter sowohl die elendeste Bauernhütte in entlegener Gegend als ein prächtiger Pallast in der Stadt verstanden werden kann." Arndts im Rtslex. VI. S. 333. vgl. Seuffert §. 607. not. 7.

§. 575.

G. Vermächtniß dinglicher Rechte.

Der Erblasser kann 1) ein ihm zustehendes Recht an fremder Sache, sofern es übertragbar ist, einem Andern als dem Erben hinterlassen, namentlich Pfandrecht, Emphyteusis, Superficies [a], und eben so den Erben oder sonstigen Vermächtnißträger verpflichten, das diesem zustehende Recht, auch z. B. den Nießbrauch der Ausübung nach, dem Vermächtnißnehmer zu übertragen. Er kann 2) ein ihm an der Sache des Vermächtnißnehmers zustehendes Recht demselben erlassen, wodurch dasselbe, wenn dies legati venit, ipso iure aufgehoben wird [b], aber wiederum auch den Vermächtnißträger verpflichten, das ihm oder einem Dritten zustehende Recht zu erlassen, beziehungsweise abzulösen. Er kann 3) ein dingliches Recht jeder Art durch das Vermächtniß bestellen [c], wodurch, wenn die Sache zur Erbschaft gehört, dem Bedachten

d L. 71. pr. cit.

a L. 71. §. 6. D. de legat. I. L. 1. §. 7. D. de superficie. 43. 18. b L. 71. §. 5. L. 86. §. 4. D. de legat. I. c Cf. α) §. 4. J. de servit. 2. 3. §. 1. J. de usufr. 2. 4. Dig. de usu et usufructu et habitatione et operis per legatum vel fideicommissum relictis. 33. 2. de servitute legata. 33. 3. β) not. a. §. 198. 200. γ) L. 26. pr. D. de pign. act. 13. 7. §. 371.

unmittelbar das dingliche Recht, jedoch eine Grunddienstbarkeit natürlich nur, wenn er ein benachbartes Grundstück besitzt, erworben wird [d]: außerdem entsteht nur eine Verpflichtung, dasselbe an der eigenen Sache einzuräumen, beziehungsweise an der Sache eines Dritten zu verschaffen oder den Werth dafür zu leisten [e], wobei aber im letzten Falle in Betracht kommen muß, ob der Erblasser wußte, daß die Sache eine fremde sey [f]. Bei dem Vermächtniß einer persönlichen Servitut tritt der Anfall (§. 550.) nicht vor Antretung der Erbschaft oder Eintritt der Zeitbestimmung ein [g]. Ist eine solche mit Unterbrechung für getrennte Zeiträume vermacht, z. B. alternis annis, so gilt dies gleich dem annuum legatum für mehrere Vermächtnisse, deren jedes für sich anfällt [h]. Ist sie ausdrücklich auf Lebenszeit vermacht, so wird angenommen, daß sie für den Fall des früheren Verlustes immer wieder vermacht seyn solle [i]. Bei der regelmäßigen Dauer auf Lebenszeit findet auch hier die Wahrscheinlichkeitsrechnung Anwendung [k]. Der Nießbrauch insbesondere kann auch Mehreren gemeinschaftlich oder einem nur zum Theile vermacht werden; das letzte wird im Zweifel angenommen, wenn einem die Sache schlechtweg, einem andern der Nießbrauch derselben vermacht ist [l]; in jenem Fall kann ein Anwachsungsrecht noch stattfinden [l], nachdem das Vermächtniß bebereits allen erworben war [m]. Auch ein Quasiususfructus kann vermacht werden [n], und so auch der Nießbrauch an der ganzen Erbschaft oder einem Theil derselben [o]; im letzten Fall steht dem Erben frei [p], dem Vermächtnißnehmer durchweg nur den Quasiususfructus des entsprechenden Vermögensbetrages zu gewähren [2]. Endlich kann 4) ein Recht an fremder Sache durch Vermächtniß auch für einen Andern als den Vermächtnißnehmer begründet werden, indem diesem das Eigenthum der Sache mit Vorbehalt eines dinglichen Rechts, z. B. deductu usufructu [q], vermacht wird.

[d] L. 1. Cod. commun. de legat. 6. 43. cf. fragm. Vat. §. 47. 48. 57. 83. 86. [e] L. 3. D. de usufr. 7. 1. cf. Pauli sentt. III. 6. §. 17. fragm. Vat. §. 85. 87. [f] arg. §. 569. not. g. p...s. [g] L. 2. 3. 5. §. 1. D. quando dies. 36. 2. L. 1. D. quando dies ususfr. leg. cedat. 7. 3. cf. L. 2. D. de usu leg. 33. 2. [h] L. 1. pr. D. quando dies ususfr. 7. 3. L. 1. §. 3. L. 2. D. quib. mod. ususfr. amitt. 7. 4. L. 11. 13. D. de usu leg. 33. 2. cf. §. 194. Anm. 2. [i] L. 3. pr. 5. pr. D. quib. mod. ususfr. am. 7. 4. [k] cf. §. 573. Anm. [l] L. 19. D. de usu leg. 33. 2. [m] Dig. de usufructu accrescendo. 7. 2. cf. fragm. Vat. §. 74...88. [n] Dig. de usufructu earum rer. 7. 5. cf. §. 181. [o] L. 29. D. de usufr. 7. 1. L. 24. pr. 32. §. 1. 8. L. 37. 43. D. de usu leg. 33. 2. L. 1. Cod. de usufr. 3. 33. [p] L. 32. §. 8. D. l. c. [q] L. 1. §. 4. L. 2. 3. D. de usufr. accresc. 7. 2. L. 14. Cod. de usufr. 3. 33.

Anm. [1] Ueber diesen Fall des Anwachsungsrechtes vgl. zu §. 556. Anm. 1. noch Heimsoeth, de usufructu accrescendo ex iure rom. Colon. 1831. Dabei gilt die Regel: ususfructus non portioni sed homini accrescit. L. 14. §. 1. D. de exc. rei iud. 44. 2. L. 33. §. 1. D. de usufr. 7. 1. Daher: L. 10. D. h. t. 7. 2. Interdum pars ususfructus et non habenti partem suam, sed amittenti accrescit. Nam si ususfructus duobus fuerit legatus et alter lite contestata amiserit usumfructum, mox et collegatarius, qui litem contestatus non erat, usumfructum amisit, partem dimidiam duntaxat, quam amisit qui litem contestatus est adversus eum, qui se liti obtulit, a possessore consequitur; pars enim collegatarii ipsi accrescit, non domino proprietatis; ususfructus enim personae accrescit, etsi fuerit amissus. vgl. Vang. §. 554.

[2] Die L. 32. §. 8. cit. (not. p.) gibt bei einem ususfructus tertiae partis bonorum legatus auf die Frage: an pecuniae, quae ex rebus divisis secundum aestimationem effecta est, tertia pars praestanda sit? die Entscheidung: heredis esse electionem, utrum rerum an aestimationis usumfructum praestare vellet. Darin ist nicht (wie Seuffert §. 632. not. 11. annimmt) gesagt, der Erbe könne den Legatar dadurch abfinden, daß er ihm nach dem Betrage des Werths Renten zahlt; vielmehr kann der letzte (gegen Caution) wie bei jedem pecuniae ususfructus die Auszahlung der tertia pars aestimationis fordern. Verschieden davon ist das Vermächtniß der Einkünfte von einer Sache oder einem Vermögen. L. 22. 38. D. de usu leg. 33. 2. L. 21. pr. D. de ann. leg. 33. 1. L. 120. D. de legat. I.

§. 576.

H. Vermächtnisse in Beziehung auf Forderungen.

Der Erblasser kann 1) eine ihm zustehende Forderung gegen einen Drittten oder, was dasselbe ist, dasjenige, was dieser ihm schuldig sey, vermachen, nomen legatum [1]. Der Vermächtnißnehmer erhält dadurch die Forderungsklage als utilis actio [a], nebst den Accessionen [b]. Der Erbe ist nur verpflichtet, ihm die Geltendmachung der Forderung einzuräumen [c]. Das Vermächtniß gilt nur so viel, als vom Schuldner zu erlangen ist [d]; es ist ganz ohne Inhalt, wenn die Forderung nicht begründet [e], und erlischt, wenn dieselbe getilgt ist [f], ausgenommen, wenn erst der Erbe die Zahlung erhalten hat [g], oder wenn zwar schon dem Erblasser gezahlt worden, dieser aber erweislich die Absicht gehabt hat, das Empfangene nur dem Legatar zu erhalten, was namentlich dann

[a] L. 18. Cod. legat. 6. 37. [b] L. 34. pr. D. de legat. III. [c] §. 21. J. de legat. 2. 20. L. 44. §. 6. L. 75. §. 2. L. 105. D. de legat. I. L. 10. D. de lib. leg. 34. 3. [d] L. 22. §. 4. D. ad leg. Falcid. 35. 2. [e] L. 75. §. 1. 2. D. de legat. I. [f] §. 21. J. cit. L. 75. §. 2. L. 82. §. 5. D. l. c. L. 21. pr. §. 1. D. de lib. leg. 34. 3. [g] L. 21. §. 2. D. l. c.

anzunehmen ist, wenn er die vom Schuldner aus freien Stücken gezahlte Summe zurückgelegt hat [h]. Ist bei einer alternativen Forderung, wobei der Schuldner die Wahl hat, nur einer der alternativen Schuldgegenstände vermacht, so kann der Legatar gegen den Erben auf Geltendmachung der Forderung klagen, und von der Wahl des Schuldners hängt es dann ab, ob jener etwas bekomme oder nicht [i], so wie auch wer etwas bekomme, wenn die Alternativ-Gegenstände verschiedenen Personen vermacht sind [k]. Hat aber der Gläubiger die Wahl, so erhält sie auch der Legatar, wenn ihn nicht der Erblasser zur Begünstigung des Schuldners auf einen bestimmten Gegenstand beschränkt hat; und wenn hier die verschiedenen Schuldgegenstände verschiedenen Personen vermacht sind, so muß der Erbe der einen die Klage einräumen, der andern den Werth des Gegenstandes geben [l]. Dasselbe gilt beim Vermächtniß einer Correalobligation, wenn von Mehreren jedem ein anderer Correalschuldner angewiesen ist [m].

2) Der Erblasser kann seine Forderung auch dem Schuldner selbst, und somit diesem die Befreiung von der Schuld vermachen, liberatio legata [n], was auch darin liegt [o], daß dem Erben die Forderung untersagt oder dem Schuldner, was er schuldig ist, vermacht wird [2]. Der Vermächtnißnehmer erlangt dadurch eine Exceptio gegen die Forderungsklage und kann selbst klagen auf vollständige Vernichtung seiner Schuldverbindlichkeit durch den Erben [p], soweit er dabei Interesse haben mag [3], aber nicht mit weiter greifender Wirkung, als in der Absicht des Erblassers lag [q]. Unwirksam wird das Vermächtniß der Schuldbefreiung durch anderweitige Tilgung der Schuld, namentlich durch Zahlung an den Erblasser; die Zahlung an den Erben aber, wenn sie nicht freiwillig mit Kenntniß des Vermächtnisses geschehen, kann zurückgefordert werden [r]. Ohne Inhalt ist das Vermächtniß, wenn die angebliche Schuld gar nicht besteht [4], es mag der Gegenstand derselben näher bezeichnet seyn oder nicht [s]. Auch bloße Stundung

[h] L. 11. §. 13. L. 64. D. de legat. III. cf. L. 31. §. 3. D. de adim. leg. 34. 4. L. 75. §. 4. D. de legat. I. [k] L. 50. §. 1. D. de legat. III. [l] L. 76. D. de legat. I. [m] L. 82. §. 5. D. eod. [n] Dig. de liberatione legata. 34. 3. [o] L. 1. ...3. D. l. c. §. 13. J. de legat. 2. 20. cf. Pauli sentt. III. 6. § 11. [p] L. 3. §. 3. L. 22. D. l. c. L. 7. §. 1. eod. [q] cf. L. 2. pr. 3. §. 3. L. 5. pr. eod. L. 31. §. 2. eod. [r] L. 7. §. 4...7. eod. L. 26. §. 7. D. de cond. indeb. 12. 6. [s] L. 75. §. 2. D. de legat. I. L. 13. 25. D. h. t. 34. 3.

kann durch Vermächtniß gewährt werden [t]; der Inhalt des Vermächtnisses besteht hier in dem commodum temporis (§. 220.), während das Vermächtniß vollständiger Schuldbefreiung nach dem ganzen Betrage des Schuldgegenstandes in Anschlag kommt [u]. Wenn umgekehrt

3) der Erblasser seinem Gläubiger vermacht, was er demselben schuldig ist, debitum legatum [5], so ist dies Vermächtniß ohne Inhalt und kommt bei der Berechnung der Falcidia nicht in Betracht, sofern es nicht dem Vermächtnißnehmer einen materiellen Vortheil gewährt, den er nicht schon ohnehin durch seine Forderung hätte [v], z. B. durch Beseitigung einer Einrede [w] oder einer beschränkenden oder bedingenden Nebenbestimmung [x]. Jedenfalls kann aber der Gläubiger sein Recht nun auch durch die zugleich mit einem Pfandrecht versehene Vermächtnißklage geltend machen [y], und, wenn auch die angebliche Schuld gar nicht besteht, dennoch den angegebenen Schuldgegenstand als Vermächtniß fordern [z].

4) Ein Vermächtniß kann sich übrigens auch in vorbemerkter dreifacher Weise auf Forderungen Anderer oder an Andere beziehen [6].

Anm. 1 Haubold, de legato nominis. Lipsiae 1793., in dessen opusc. I. p. 497. sq. — Verschieden davon ist der Fall, wenn eine Summe vermacht und dabei nur eine Forderung bezeichnet ist, von welcher jene zu entnehmen sey. L. 96. pr. D. de legat. I.

2 Möglicher Weise kann auch darin eine liberatio legata liegen, daß der Erblasser eine Schuld als getilgt bezeichnet. L. 1. 4. Cod. de falsa causa. 6. 44. Bähr, die Anerkennung S. 203.

3 Nach R. R. konnte unter Umständen auf Acceptilatio geklagt werden, aber dieses z. B. nicht, wenn nur einem Bürgen oder einem correus non socius für sich Befreiung vermacht war. Nach heutigem Recht kann die Klage noch etwa auf Herausgabe und Abquittirung der Schuldurkunde oder auf Löschung im Hypothekenbuche gehen.

4 L. 75. §. 2. D. de legat. I. Quodsi addiderit: *decem, quae mihi Titius debet, lego (*sc. *Titio)*, sine dubio nihil erit in legato (sc. si Titius nihil debet). Nam inter falsam demonstrationem et falsam conditionem sive causam multum interest. Proinde et si Titio *decem, quae mihi Seius debet*, legavero, nullum erit legatum; esse enim debitor debet. — L. 25.

t L. 8. §. 1. 2. eod. u L. 22. §. 3. D. ad leg. Falcid. 35. 2. v §. 14. J. de legat. 2. 20. L. 11. 28. §. 13. D. de lib. leg. 34. 3. L. 1. §. 10. L. 57. 81. §. 1. D. ad leg. Falc. 35. 2. w L. 13. D. de lib. leg. 34. 3. L. 28. pr. D. de legat. I. x L. 29. eod. L. 14. D. de lib. leg. §. 14. J. l. c. cf. L. 5. D. ad leg. Falc. 35. 2. L. 82. pr. D. de legat. II. y L. 28. D. de legat. I. cf. L. 1. Cod. commun. de legat. 6. 43. z §. 15. J. l. c. L. 75. §. 1 D. de legat. I. L. 88. §. 10. D. de legat. II. L. 25. D. de lib. leg. 34. 3.

D. de lib. leg. (Paul. lib. 10. quaest.). Legavi Titio quod mihi debetur, vel adiecta certa quantitate sive specie vel non adiecta; aut ex contrario, aeque cum distinctione, veluti: *Titio, quod ei debeo*, vel ita: *Titio centum quae ei debeo.* Quaero, an per omnia requirendum putes, an debitum sit? et plenius puto, quae ad haec spectant, attingas; quotidiana enim sunt. Respondi: Si is, cui Titius debebat, debitum remittere voluit, nihil interest, heredem suum iussit, ut eum liberaret, an prohibeat eum exigere; utroque enim modo liberandus est debitor, et utroque casu competit ultro ad liberandum debitori actio. Quodsi etiam centum aureorum vel fundi debiti mentionem fecit: si quidem debitor fuisse probetur, liberandus est; quodsi nihil debeat, poterit dici, quasi falsa demonstratione adiecta, etiam peti quod comprehensum est posse. Sed poterit hoc dici, si ita legavit: *centum aureos, quos mihi debet*, vel: *Stichum, quem debet, heres meus damnas esto non petere?* Quodsi sic dixit: *heres meus centum aureos, quos mihi Titius debet, damnas esto ei dare*, etiam illud tentari poterit, ut petere possit quasi falsa demonstratione adiecta: quod mihi nequaquam placet, cum dandi verbum ad debitum referre se testator existimaverit. Contra autem, si debitor creditori leget, nullam utilitatem video, si sine quantitate leget; sed et si id demonstret, quod debere se confitetur, nulla utilitas est, nisi in his speciebus, in quibus emolumentum debiti ampliatur. Quodsi centum aureos, quos se debere dixit, legaverit, si quidem debet, inutile est legatum; quodsi non fuit debitor, placuit, utile esse legatum; certa enim nummorum quantitas similis est Sticho legato cum demonstratione falsa, idque et D. Pius rescripsit, certa pecunia dotis acceptae nomine legata. Mit dem Fragezeichen hinter dem Satze: *sed poterit ... non petere?* und bei gehöriger Scheidung der Zweifelsätze von der Entscheidung macht diese Stelle keine Schwierigkeit. Vgl. Arndts diss. inaug. ad L. 25. D. de lib. leg. Berolini 1825. und darüber Wächter in d. Tüb. krit. Ztschr. II. S. 186. fg. Vang. §. 555.

5 Ein Vermächtniß an den Gläubiger ist keineswegs im Zweifel für debitum legatum zu nehmen; L. 85 D. de legat. II. L. 16. Cod. de legat. 6. 37. vgl. §. 569. Anm. 1.; ausgenommen ein Vermächtniß des Vaters an die Tochter, der er die Dos schuldig war. L. 84. §. 6. D. de legat. I. L. 22. §. 3. D. soluto matr. 24. 3.

6 So kann man dem Erben auferlegen, a) eine ihm gegen einen Dritten zustehende Forderung dem Legatar abzutreten, wodurch zunächst nur eine Verpflichtung des Erben zur Abtretung der Forderung begründet wird, nicht wie durch das Vermächtniß einer Forderung des Erblassers ohneweiters utilis actio für den Vermächtnißnehmer entsteht (§. 255. Anm. 2.); ebenso b) seine Forderung gegen den Legatar selbst zu erlassen, L. 24. D. de lib. leg., oder dessen Befreiung von einer Schuldverbindlichkeit gegen einen Dritten zu bewirken, L. 8. pr. eod., worin aber zugleich auch für den letzten ein Vermächtniß enthalten seyn kann, L. 3. §. 5. L. 7. §. 3. eod.; sodann auch kann man c) dem Gläubiger eines Andern vermachen, was dieser ihm schuldig ist, worin denn zugleich oder auch vorzugsweise ein Vermächtniß der zweiten Art für den Schuldner

liegen kann, L. 11. §. 22. D. de legat. III. L. 49. §. 6. D. de legat. I., sowie es ein Vermächtniß für die Miterben ist, wenn einem Erben allein, dem Gläubiger des Erblassers das Ganze zu zahlen, auferlegt ist, L. 69. §. 2. L. 49. §. 4. 5. D. eod. L. 7. §. 3. D. de lib. leg. 34. 3.

§. 577.

I. Vermächtniß der Dos.

Eine Dos kann 1) bestellt werden durch ein Vermächtniß, welches dem Manne hinterlassen wird; doch liegt darin zugleich ein Vermächtniß für die Frau, insofern es ihr Vortheil ist, dotirt zu seyn, und, wenn durch Schuld des Mannes die Ehe nicht zu Stande kommt, wird denn auch ihr die Vermächtnißforderung gegeben [a]. Wenn dagegen 2) blos der Frau eine Ausstattung vermacht ist, so hat zunächst nur diese die Vermächtnißforderung [b]. Aber auch 3) die Rückgabe einer bestellten Dos kann Gegenstand des Vermächtnisses seyn [c]. Ein solches Vermächtniß von Seiten des Mannes, dessen Erben ohnehin restitutionspflichtig wären, ist ein debitum legatum, vortheilhaft durch Ausschließung der gewöhnlichen Restitutionsfrist und etwaiger Gegenansprüche, abgesehen von nothwendigen Verwendungen, welche die Dos mindern [d], und gültig, wenn auch keine Dos besteht, als Vermächtniß des angeblichen Dotalgegenstandes [e], wirkungslos aber, wenn die Dos vom Manne schon zurückgegeben ist [f]. Wird umgekehrt 4) demjenigen, welcher sie zu restituiren hätte, die Dos vermacht, so ist dies ein Fall der liberatio legata [g]; und unbedenklich kann 5) der zur Rückforderung Berechtigte diese seine Forderung, sofern sie nicht durch seinen Tod erlischt, auch einem Dritten vermachen (nomen legatum), z. B. nach Justinianischem Recht die Frau ihren Dotalanspruch durch Vermächtniß andern Personen als ihren Erben zuwenden.

§. 578.

K. Vermächtniß eines Vermögensinbegriffs.

Das Vermächtniß eines Inbegriffs verschiedenartiger Vermögensrechte, der nicht ein aliquoter Theil der eigenen Erbschaft

[a] L. 43. D. de legat. III. L. 71. §. 3. D. de cond. et dem. 35. 1. cf. §. 398. Anm 3. [b] L. 77. §. 9. D. de legat. II. cf. §. 396. not. a. [c] Dig. de dote praelegata (s. relegata). 33. 4. [d] L. 1. §. 2...4. L. 15. D. l. c. §. 15. J. de legat. 2. 20. [e] §. 15. J. l. c. L. 6. §. 1. D. l. c. [f] L. 1. §. 5. D. eod. [g] L. 11. D. eod.

des Erblassers ist, gehört zu den Singularvermächtnissen und begründet keine Universalsuccession. So z. B. das Vermächtniß einer fremden Erbschaft oder eines Theils derselben; es erzeugt eine Forderung gegen den Beschwerten, daß er den Inhalt derselben, wie im Falle der Veräußerung (§. 540.), auf den Vermächtnißnehmer übertrage [a]. So auch das Vermächtniß des Peculiums eines Hauskindes (oder Sklaven); es gibt den Anspruch auf Ueberlassung seines Inhalts, natürlich mit Abzug der Schulden, so wie es zur Todeszeit des Erblassers besteht [b].

§. 579.

L. Wahlvermächtnisse.

Ein Vermächtniß kann wahlweise auf verschiedene Gegenstände oder Leistungen gerichtet seyn, sog. legatum alternativum [1]. Wer die Wahl habe, bestimmt der Wille des Erblassers, der sie auch einem Dritten überlassen kann [a]. Im Zweifel [2] ist sie, sofern es sich um Sachen oder Rechte aus der Erbschaft handelt, dem Vermächtnißnehmer, bei andern Auflagen eher dem Verpflichteten beizulegen [b]. Ein Wahlvermächtniß im engern Sinn, optio vel electio legata [c], ist es, wenn dem Vermächtnißnehmer ausdrücklich die Wahl unter Sachen einer Gattung gegeben ist; er kann darnach unter den dahin gehörenden Sachen der Erbschaft unbeschränkt wählen, welche ihm beliebt [d], während er sonst bei dem Vermächtniß einer Gattungssache (§. 574.) zwar auch im Zweifel die Wahl unter den vorhandenen Sachen hat [e], aber doch nicht unbillig gerade die beste aussuchen soll, wie auch umgekehrt der wahlberechtigte Erbe in solchem Fall nicht gerade die schlechteste hergeben darf [f].

Ueberall kann der Wahlberechtigte nur einen Gegenstand ganz, nicht Theile des einen und des andern, fordern oder geben [g]. Das Wahlrecht geht mit dem Vermächtniß [3] auch auf die Erben des

[a] L. 76. §. 1. D. de legat. II. L. 29. §. 2. L. 34. §. 2. D. de legat. III. L. 14. Cod. de hered. instit. 6. 24. cf. §. 580. not. f. g. [b] §. 20. J. de legat. 2. 20. Dig. de peculio legato. 33. 8.

[a] L. 84. §. 9. 11. D. de legat. I. L. 3. §. 1. Cod. commun. de legat. 6. 43. cf. §. 491. Anm. 4. a. E. [b] Cf. α) L. 34. §. 14. D. de legat. I. L. 23. D. de legat. II. §. 22. J. de legat. 2. 20. L. 108. §. 2. D. de legat. I. L. 1. Cod. commun. de legat. β) L. 109. §. 1. D. l. c. L. 15. 19. D. de legat. II. L. 43. §. 3. eod. L. 29. §. 1. D. de legat. III. §. 203. not. f. [c] Dig. de optione vel electione legata. 33. 5. [d] L. 2. pr. D. l. c. §. 23. J. de legat. 2. 20. [e] §. 22. J. l. c. [f] L. 37. pr. 110. D. de egat. I. [g] L. 8. §. 2. D. eod. L. 15. D. de legat. II.

Vermächtnißnehmers über [h]; unter mehreren Erben, wie unter Collegataren, die sich über die Wahl nicht vereinigen können, entscheidet das Loos [i]. Zur Ausübung des Wahlrechts kann dem Vermächtnißnehmer auf Antrag eines dabei Betheiligten eine Frist gesetzt werden, deren Versäumung den Verlust des Vermächtnisses zur Folge haben kann [k]. Ist einem Dritten die Wahl überlassen und dieser stirbt vorher oder verzögert die Wahl über ein Jahr, so kann der Legatar selbst wählen [l].

Ein alternatives Vermächtniß kann so beschaffen seyn, daß die Zeit des Anfalls für jeden einzelnen Gegenstand an sich verschieden wäre; so z. B. wenn der eine bedingt, der andere unbedingt, oder wenn Eigenthum einer Sache und Nießbrauch einer andern wahlweise vermacht ist. Hier tritt der Anfall erst ein, wenn für beide dies cedit [m]; wenn aber durch den Tod des Legatars die eine Alternative wegfällt, so wird eben dadurch für die andere der Anfall entschieden, und geht somit das Vermächtniß auf den Erben über [n]. Der Wegfall des Vermächtnisses bezüglich des einen Gegenstandes schließt nämlich überall nicht den Bestand desselben bezüglich des andern Gegenstandes aus [o].

Anm. 1 Einen verwandten Fall betrifft L. 37. §. 1. D. de legat. I. Si de certo fundo sensit testator nec appareat, de quo cogitavit: electio heredis erit, quem velit dare. cf. L. 39. §. 6. eod.

2 Nach älterem Recht war auch hier der Unterschied zwischen Vindications- und Damnationslegat von Einfluß; bei diesem und ebenso beim Fideicommiß hatte im Zweifel der Onerirte die Wahl (not. b. *β.*), bei jenem der Legatar (not. b. *α.*). Nach Justinianischem Recht kann nun die Form des Vermächtnisses nicht mehr entscheiden; aber das scheint noch erheblich, ob das Vermächtniß blos eine persönliche Verpflichtung des Erben oder auch eine dingliche Klage begründe. So erklärt sich die Aufnahme der Stellen in not. b., und insbesondere der L. 108. §. 2. cit. Cum homo Titio legatus esset, quaesitum est, utrum arbitrium heredis est, quem velit dandi, an potius legatarii? Respondi, verius dici, electionem eius esse, cui potestas sit, qua actione uti velit (id est legatarii). Diese Stelle setzte ein Vermächtniß in Form des Vindicationslegats voraus, das entweder mit einem Damnationslegat verbunden war *(Titio hominem do lego eumque heres damnas esto dare)*, oder nach welchem doch ex Sc. Neroniano wegen der Ungewißheit seiner Gültigkeit als

h § 23. J. cit. L. 19. D. h. t. 33. 5. L. 12. §. 7. D. quando dies. 36. 2. i §. 23. cit. L. 3. pr. Cod. commun. de legat. 6. 43. cf. L. 25. §. 17. D. fam. erc. 10. 2. k L. 8. pr. 13. §. 1. L. 17. D. h. t. 33. 5. cf. L. 6. 7. eod. l L. 3. §. 1. Cod. l. c. m L. 14. pr. 16. pr. 25. pr. D. quando dies. 36. 2. n L. 14. §. 1. eod. o L. 84. §. 11. D. de legat. I.

Vindicationslegat der Legatar zwischen Vindication und persönlicher Klage die Wahl hatte. cf. L. 83. 84. §. ult. L. 85. D. de legat. I. Gai. II. 194. Arndts im Rtslex. VI. S. 281. Nach Justinianischem Recht hat nun der Legatar diese Wahl immer, aber auch nur dann, wenn das Vermächtniß eine Sache der Erbschaft betrifft (§. 558.), und nur in diesem Fall ist ihm denn auch jene Wahl beizulegen. Bei dem genus legatum, worauf sich L. 108. §. 2. cit. wie §. 22. J. h. t. zunächst beziehen, ist es ohnehin handgreiflich, daß man, wenn die Erbschaft keine Sachen der Art enthält, sofern es dann überhaupt gültig ist, doch nicht dem Legatar die Wahl geben kann.

3 Bei dem legatum optionis war Regel, daß der Legatar selbst wählen müsse, was erst nach Antretung der Erbschaft gültig geschieht. L. 16. D. h. t. Daher ging das Legat nicht auf die Erben über, wenn jener vor Antretung der Erbschaft oder erklärter Wahl starb. Dies hat Justinian abgeändert (not. i.).

III. Vom Universalvermächtniß [a].

A. Begriff und Voraussetzungen.

§. 580.

Ein Universalvermächtniß ist dasjenige, welches die Restitution der Erbschaft des Vermächtnißgebers oder eines aliquoten Theils derselben zum Inhalt hat und demzufolge für den Vermächtnißnehmer eine durch den Vermächtnißträger vermittelte Universalsuccession oder mittelbare Erbfolge begründet [1]. Es kann nur dem auferlegt werden, der selbst als Universalsuccessor zum Nachlaß des Vermächtnißgebers berufen ist, zunächst dem Erben, oder wer gleich ihm unmittelbar in den Nachlaß succedirt [b], sodann auch, vermöge fideicommissarischer Substitution (§. 549.), demjenigen, dem ein solches Vermächtniß hinterlassen ist [c]. Der Erbe, dem es auferlegt ist, heißt fiduciarius heres [d], Fiduciar; den Vermächtnißnehmer nennt man fideicommissarius heres [e], Universalfideicommissar; soll dieser wiederum einem Andern restituiren, so erscheint er in dieser Beziehung ebenfalls als Fiduciar. Nicht hieher gehört es, wenn dem Erben auferlegt ist, die Erbschaft eines Dritten zu restituiren [f]; wenn jedoch diese als dem Erblasser zugefallene Erbschaft Gegenstand des Vermächtnisses ist, so wird dies analog dem Fideicommiß eines aliquoten Theils der eigenen Erbschaft behandelt [g]. Dagegen kann

[a] Inst. de fideicommissariis hereditatibus. 2. 23. Dig. ad Sc. Trebellianum. 36. 1. Cod. ad Sc. Treb. 6. 49. [b] §. 10. J. h. t. 2. 23. cf. L. 114. §. 2. D. de legat. I. [c] §. 11. J. l. c. L. 1. §. 8. L. 55. §. 2. D. h. t. 36. 1. [d] L. 46. eod. cf. L. 9. §. 1. D. de reb. cred. 12. 1. [e] Cf. rubr. J. h. t. (not. a.) L. 91. D. ad leg. Falcid. 35. 2. [f] L. 27. §. 8...10. D. h. t. cf. §. 578. [g] L. 16. §. 5. eod.

andererseits durch den Willen des Erblassers auch bei dem seine eigene Erbschaft betreffenden Vermächtniß[2] die regelmäßige Wirkung eines Universalvermächtnisses ausgeschlossen werden[h].

Anm. 1 Diese Wirkung wurde zuerst dem Fideicommiß solchen Inhalts durch das Sc. Trebellianum beigelegt, worüber Ulpian in L. 1. §. 1. 2. D. h. t. berichtet: Factum est enim Sc. temporibus Neronis, VIII. Cal. Sept., Annaeo Seneca et Trebellio Maximo consulibus. §. 2. Cuius verba haec sunt: *Cum esset aequissimum, in omnibus fideicommissariis hereditatibus, si qua de his bonis iudicia penderent, ex his eos subire, in quos ius fructusque transferetur, potius quam cuique periculosam esse fidem suam, placet et actiones, quae in heredes heredibusque dari solent, eas neque in eos neque his dari, qui fidei suae commissum, sicuti rogati essent, restituissent, sed his et in eos, quibus ex testamento fideicommissum restitutum fuisset, quo magis in reliquum confirmentur supremae defunctorum voluntates.* Andere Bestimmungen darüber stellte das Sc. Pegasianum (unter Vespasian) auf, wornach denn ein solches Fideicommiß bald ex Scto Trebelliano Universalsuccession bewirkte, bald ganz andere Folgen hatte. Aber dem Kaiser Justinian gefiel es für alle Fälle, exploso Sc. Pegasiano, quod postea supervenit, omnem auctoritatem Trebelliano Scto praestare, ut ex eo fideicommissariae hereditates restituantur, und diesem zugleich ihm ganz fremde Bestimmungen des jüngern Senatsbeschlusses zuzuschreiben, die nun alle unter der Rubrik *ad senatusconsultum Trebellianum* vorkommen. §. 7. J. h. t. cf. §. 4...6. eod. Gai. II. 252...258. Mayer d. L. v. d. Legaten §. 10...13.

2 Nach altem Recht gab es neben dem Fideicommiß der Erbschaft ein sog. legatum partitionis (partitio legata), wodurch dem Erben auferlegt wurde, die Erbschaft mit einem andern nach gewissem Verhältniß zu theilen. Gai. II. 254. Ulp. XXV. 15. cf. §. 5. J. h. t. 2. 23. Dies erzeugte für den legatarius (partiarius) keine successio in universum ius; vielmehr konnte der Erbe denselben auch blos mit der Zahlung der Aestimatio seines Antheils abfinden (not. h.). Man streitet nun darüber, ob nach Justinianischem Recht (§. 541. Anm. 2.) dies auch noch vorkomme? Die Möglichkeit läßt sich nicht bestreiten, daher auch die Aufnahme der Stellen in not. h.; aber nicht mehr die Vermächtnißform ist es, die über seine Wirklichkeit entscheidet, sondern nur der erklärte Wille des Erblassers; im Zweifel ist nun jede Auflage, die Erbschaft mit einem Andern zu theilen, als Universalfideicommiß zu behandeln. L. 19. §. 1. D. h. t. 36. 4. Vang. §. 556. Arndts im Rtslex. VI. S. 322. fg. Mayer a. a. O. S. 50...52.

§. 581.

Ueber die Voraussetzungen des Universalvermächtnisses gelten übrigens die allgemeinen Bestimmungen von Vermächtnissen überhaupt. Die Errichtung kann in Form des Gebots oder der Bitte,

h Cf. L. 23. 26. §. 2. L. 27. 104. §. 7. D. de legat. I. L. 8. §. 5. L. 9. D. de legat. II. L. 22. §. 5. D. h. t. 36. 1.

ausdrücklich oder stillschweigend, verfügt seyn. Insbesondere wird es als Anordnung eines Universalfideicommisses angesehen, wenn dem Erben aufgegeben ist 1) mit einem andern zu theilen [a] oder Gemeinschaft zu halten, wobei freilich Bedingung ist, daß auch der Andere sein Gut gemeinschaftlich zu machen bereit sey [b], oder 2) sich mit bestimmten Vermögensgegenständen zu begnügen, zum Vortheil der Miterben oder Intestaterben [c], oder 3) eine bestimmte Person zum Erben einzusetzen oder derselben sonst sein Vermögen zuzuwenden [d], oder 4) kein Testament zu errichten zu Gunsten der Intestaterben des Erben [e]. Eine Erbeinsetzung kann durch die Codicillarclausel in ein Universalfideicommiß sich verwandeln (§. 546.), und die Pupillarsubstitution in einem Codicill wird auch ohnedies als solches aufrecht erhalten [f].

Die Errichtung des Universalfideicommisses kann wie die eines andern Vermächtnisses unter Nebenbestimmungen geschehen. Hat ein Ascendent dem Descendenten nach dessen Ableben die Erbschaft zu restituiren auferlegt, so wird als stillschweigend gewollte Bedingung angenommen, daß der letzte ohne Kinder versterbe [g].

B. Recht des Universalvermächtnisses.

§. 582.

Das Recht des Vermächtnisses wird in diesem wie in andern Fällen nach §. 554. von selbst erworben, wenn dies fideicommissi cedit, und geht dann auch auf die Erben über [a]. Es besteht zunächst in dem Anspruch auf Restitution der Erbschaft oder des Erbtheils, welcher geltend gemacht werden kann, wenn dies legati venit. Häufig ist dies bis zum Tode des Fiduciars hinausgeschoben, und das gilt auch, wenn die Zeit der Restitution dem Willen des Fiduciars anheimgegeben ist, falls er nicht aus freien Stücken früher restituirt [b]. Das Recht des Universalvermächtnisses kann aber auch geltend gemacht werden, wenn der Fiduciar sich weigert, die Erbschaft anzunehmen, und unter Umständen auch, wenn er aus

[a] L. 19. §. 1. D. h. t. 36. 1. [b] L. 78. pr. eod. [c] L. 69. pr. D. de legat. II. cf. §. 493. not. e. f. [d] L. 17. pr. D. h. t. cf. L. 77. §. 25. L. 88. §. 16. D. de legat. II. [e] L. 74. pr. D. h. t. cf. L. 77. §. 24. D. de legat. II. [f] L. 76. D. h. t. [g] L. 30. Cod. de fideicomm. 6. 42. L. 6. Cod. de impub. et al. subst. 6. 25. cf. L. 102. D. de cond. et dem. 35. 1.

[a] L. 25. pr. L. 46. D. h. t. 36. 1. L. 21. Cod. de fideicomm. 6. 42. [b] L. 41. §. 13. D. de legat. III.

anderem Grunde nicht Erbe geworden ist. Die Folgen sind in diesem Fall verschieden, und anders ist wiederum der Fall eines successiven Universalfideicommisses beschaffen. Daher ist zu unterscheiden:

1) Wenn der Fiduciar freiwillig die Erbschaft annimmt.

§. 583.

a) Verbindlichkeit des Fiduciars.

Der Fiduciar ist verbindlich, dem Fideicommissar die Erbschaft (ganz oder zum Theil) zu überlassen, was zunächst durch eine gewöhnliche Willenserklärung an denselben oder seinen Bevollmächtigten geschieht [a], und sodann die Herausgabe der darin begriffenen Vermögensgegenstände mit sich bringt, wozu auch die vor Antretung der Erbschaft hinzugekommenen Früchte gehören [b]. Der Fiduciar haftet in dieser Beziehung für dolus und lata culpa, und, wenn er nur theilweise restituirt, für diligentia quam suis rebus [c], nach eingetretenem Verzug für allen Schaden und so auch insbesondere für Ersatz aller Früchte [d]. Eine Veräußerung durch den Fiduciar ist nichtig [e], ausgenommen, wenn der Erblasser sie gestattet [f] oder der Fideicommissar zugestimmt hat [g], wenn sie zur Bezahlung von Erbschaftsschulden [h] oder zur Erhaltung des Vermögens, weil die Sache sich nicht aufbewahren läßt, nothwendig ist [i], und wenn ein Kind des Erblassers als Erbe den Nachlaß anzugreifen genöthigt ist, um eine angemessene Heirathsausstattung zu gewinnen [k]. Ist das Fideicommiß auf dasjenige beschränkt, was beim Tode des Fiduciars noch vorhanden seyn werde (quidquid supererit ex hereditate), so soll der Fiduciar drei Viertheile nach Belieben verbrauchen (jedoch nicht auf den Todesfall darüber verfügen), das letzte Viertheil aber nur im Fall der Noth oder zum Loskauf von Gefangenen angreifen dürfen [l].

Uebrigens begreift die Restitution der Erbschaft oder des Erbtheils nicht, was der Fiduciar nicht aus der Erbschaft erhalten

[a] L. 37. pr. §. 2. L. 38. 40. §. 2. L. 41. 42. 66. §. 1. D. h. t. [b] L. 27. §. 1. in f. eod. [c] L. 22. §. 3. eod. [d] L. 18. 27. §. 1. L. 44. §. 1. eod. not. b. [e] L. 3. §. 2. 3. Cod. commun. de legat. 6. 43. [f] L. 70. §. 3. D. de legat. II. [g] L. 11. Cod. de fideicomm. 6. 42. [h] L. 38. pr. D. de legat. III. cf. L. 114. §. 14. D. de legat. I. [i] L. 22. §. 3. D. h. t. (not. c.). cf. L. 71. D. de legat. II. [k] L. 22. §. 4. D. h. t. cf. nov. 39. cap. 1. [l] nov. 108. cap. 1. cf. L. 54. D. h. t. L. 70. §. 3. L. 71. 72. D. de legat. II.

hat [m] oder nicht als Erbe [n], auch nicht die Prälegate, sofern sie auf dem Erbtheil der Miterben lasten [o], und, wenn eben nur sein Erbtheil Gegenstand des Fideicommisses ist, auch nicht den anwachsenden Erbtheil eines Miterben [p]. Auch behält der Erbe die Früchte von Antretung der Erbschaft an, bis er in Verzug gesetzt ist [q]. Der Wille des Erblassers kann aber den Gegenstand der Restitution noch mehr beschränken, z. B. durch Vorbehalt gewisser Vermögensgegenstände [r], oder erweitern, z. B. in Betreff der Früchte [s], oder auch auf alles, was der Fiduciar von ihm empfängt, worin denn auch die Prälegate begriffen sind [t], nicht aber was ihm durch Rechtsgeschäfte unter Lebenden zugewandt ist [u] oder ihm von Rechtswegen gebührt [v].

§. 584.

b) Rechte des Fiduciars. Sog. quarta Trebellianica.

Der Erbe ist berechtigt, bis zum Eintritt der Fideicommißerbfolge die Erbschaft als Eigenthümer zu verwalten und deren Rechte gegen jeden geltend zu machen, auch die Früchte derselben zu beziehen [a]. Wegen Verwendungen kann er nach Verhältniß Ersatz in Anspruch nehmen [b], und Abnahme eingegangener Verbindlichkeiten verlangen [c]. Er hat außerdem regelmäßig ein Recht darauf, daß ihm der vierte Theil der Erbschaft oder seines Erbtheils ungeschmälert übrig bleibe [1], und kann demnach erforderlichen Falls einen Abzug vom Fideicommiß machen [d]. Dieses Recht beruht lediglich in Anwendung des Falcidischen Gesetzes auf das Universalfideicommiß [e]. Demnach muß der Fiduciar regelmäßig alles und nur dasjenige, was er als Erbe hat, auf sein Viertheil sich einrechnen [f]; so aber auch [g], was er nach Verfügung des Erblassers von der Erbschaft, beziehungsweise seinem Erbtheil zurückhalten soll [2], dem eine vom Fideicommissar zu zahlende Summe gleichgestellt wird [h];

[m] L. 59. in f. L. 62. D. h. t. [n] L. 72. eod. L. 44. §. 4. D. de cond. et dem. 35. 1. [o] L. 18. §. 3. D. h. t. [p] arg. L. 43. eod. [q] L. 18. pr. §. 2. L. 27. §. 1. eod. cf. not. b. d. [r] §. 9. J. h. t. 2. 23. [s] L. 18. pr. D. cit. not. q. [t] L. 3. §. 4. D. h. t. L. 16. Cod. de fideicomm. 6. 42. [u] cf. not. m. [v] L. 77. §. 12. D. de legat. II.

[a] cf. §. 583. not. q. s. [b] L. 19. §. 2. L. 22. §. 3. in f. D. h. t. cf. L. 40. §. 1. D. de cond. indeb. 12. 6. L. 58...60. D. de legat. I. [c] L. 36. 69. D. h. t. [d] §. 5...9. J. h. t. 2. 23. [e] Gai. II. 254. L. 27. §. 10. L. 64. §. 3. D. h. t. [f] L. 91. D. ad leg. Falcid. 35. 2. cf. §. 563. Anm. 2. [g] §. 9. J. h. t. L. 91. D. cit. cf. L. 58. §. 3. D. h. t. [h] L. 58. §. 3. L. 91. citt. cf. L. 93. D. ad leg. Falc. 35. 2.

sodann, was er als Preis veräußerter Erbschaftssachen empfangen [i], und was er an Früchten vom Gegenstande des Fideicommisses seit Antretung der Erbschaft bis zu der Zeit, wo die Restitution gefordert werden konnte [3], gezogen hat [k]; nicht [4], was er zum Zweck der Erfüllung einer Bedingung empfangen [l], noch Prälegate, soweit sie auf den Erbtheil der Miterben [m] oder auch auf den an den Fideicommissar, der gleichsam Miterbe ist, zu restituirenden Erbtheil fallen [n].

Anm. [1] Eingeführt ist dies durch das Sc. Pegasianum; nach Justinians Verordnung (§. 580. Anm. 1.) nennt aber die neuere Terminologie dieses Viertheil quarta Trebellianica; in den Quellen wird es auch Falcidia genannt. — Die Ausnahmen der §§. 566. 567. kommen auch hier vor. Ungegründet aber ist die Behauptung (von Neuner, institutio ex re certa S. 117. fg.), daß nach nov. 1. cap. 2. bei einem Universalfideicommiß in Betreff der ganzen Erbschaft der Abzug der Quarta von selbst immer ausgeschlossen sey. Vgl. §. 564. Anm. 1.

[2] Verschiedene Auffassungen dieses Satzes s. bei Neuner, institutio ex re certa S. 94. fg. 107. fg. Vang. 6. Aufl. II. S. 568. fg. Vgl. auch Mayer a. a. O. S. 39. fg.

[3] L. 22. §. 2. D. h. t. Si heres post multum temporis restituat, cum praesenti die fideicommissum sit, deducta quarta restituet; fructus enim, qui percepti sunt, negligentia petentis, non iudicio defuncti percepti videntur. Alia causa est, si sub conditione vel in diem rogatus fuerit; tunc enim quod percipitur summovet Falcidiam, si tantum fuerit, quantum quartam facit et quartae fructus. Vgl. Vang. §. 536. Anm. a. E. — Kinder des Erblassers, die mit dem Universalfideicommiß beschwert sind, wenn auch zu Gunsten ihrer eigenen Descendenten, sollen nach L. 6. Cod. h. t. die Quarta non per imputationem redituum (licet hoc testator rogaverit vel iusserit) sed de ipsis rebus hereditariis erhalten. cf. cap. 16. X. de testam. 3. 26. Ob dies auch Anwendung finde, wenn die Kinder (nach canonischem Rechte: §. 563. not. g.) zuerst ihren Pflichttheil und dann von dem übrigen Vermögen die Trebellianische Quart in Anspruch nehmen? Seuffert §. 643. not. 5. Seuffert's Arch. II. 207. III. 353. IV. 67.

[4] Diese Frage ist sehr streitig, hauptsächlich wegen der schwierigen L. 91. D. ad leg. Falcid. (§. 563. Anm. 1.), verglichen mit: a) L. 86. eod. Titia testamento suo Titium fratrem suum ex parte tertia heredem instituit fideique eius commisit, ut hereditatem retenta quarta parte Secundae et Proculae restituat; eadem fratri quaedam praedia praelegavit. Quaero, an Titius ea, quae praelegata sunt, etiam pro ea parte hereditatis, quam

[i] L. 3. §. 3. D. h. t. [k] L. 18. §. 1. 2. L. 22. §. 2. L. 58. §. 5. D. h. t. L. 18. §. 1. D. ad leg. Falcid. 35. 2. cf. §. 583. not. b. d. q. s. L. 6. Cod. h. t. 6. 49. [l] L. 30. §. 7. D. ad leg. Falcid. 35. 2. [m] L. 86. eod. L. 24. Cod. fam. erc. 3. 36. [n] L. 86. D. cit.

rogatus est, restituere, an integra retinere debeat? Respondi, Titium legata integra retinere debere, sed in partem quartam imputari oportere duodecimam partem praediorum; sed si non esset adiectum, ut pars quarta deduceretur, totum trientem praediorum legi Falcidiae imputari oportere, quoniam contra sententiam matrisfamiliae lex Falcidia induceretur. b) L. 24. Cod. fam. erc. Filium quem habentem fundum portionem hereditatis fratribus et quibusdam aliis sub conditione verbis precariis restituere sanxit testator; post eius conditionis eventum hereditaria parte praedii in quartae ratione retenta; compensato praeterea, quod a coheredibus vice mutua percepit, et si quid deest in supplementum deducto, quod a ceteris in eo fundo solvitur, supra quartam habens, reddere compellitur. Siehe darüber Vang. §. 536. und Buchholtz von Prälegaten S. 500. fg., auch Neuner institutio ex re certa S. 111.

c) Wirkungen der Restitution.

§. 585.

In Folge der Restitution wird der Universalfideicommissar als Erbe behandelt, ausschließlich, wenn ihm dem Willen des Erblassers gemäß die ganze Erbschaft, zum Theil, wenn ihm nur ein Theil derselben restituirt ist, es sey nach Anordnung des Erblassers oder vermöge Abzugs der Trebellianischen Quart [a]. Er ist nun allein oder zum Theil Eigenthümer der Erbschaftsachen [b] und kann sonst alle Rechte der Erbschaft durch utiles actiones geltend machen, selbst gegen den Fiduciar, wenn dieser z. B. Schuldner des Erblassers war [c], sein Recht der Erbfolge im Ganzen durch utilis oder fideicommissaria hereditatis petitio [d]; er kann auch andererseits in demselben Maße wie der Erbe von den Gläubigern belangt werden. Der Fiduciar aber gilt nun insofern nicht mehr als Erbe; wenn er theilweise restituirt hat, gilt er als Miterbe des Fideicommissars; daher auch zwischen ihnen wie zwischen dem letzten und anderen Miterben und unter mehreren Universalfideicommissaren die Erbtheilungsklage stattfindet [e]. Hat der Fiduciar durch Vorbehalt oder auf andere Weise seine Quarta vollständig erhalten, so tritt der Fideicommissar als Universalsuccessor ganz an seine Stelle; der Fiduciar ist dann rücksichtlich des Empfangenen einem Vermächtnißnehmer zu vergleichen [f]. Hat er aber mehr, als der Erblasser angeordnet, restituirt, so ist dies bezüglich des Ueberschusses einer

[a] §. 4. 7. J. h. t. 2. 23. [b] L. 63. pr. D. h. t. [c] L. 27. §. 11. eod. [d] Dig. de fideicommissaria hereditatis petitione 5. 6. [e] L. 27. §. 11. cit. L. 24. §. 1. L. 40. D. fam. erc. 10. 2. [f] §. 9. J. h. t. L. 63. §. 3. D. h. t.

gewöhnlichen Veräußerung der Erbschaft gleichzuachten [g], und auch die vor der Zeit erfolgte Restitution hat vorerst nicht die regelmäßige Wirkung, erlangt sie aber, und zwar rückwirkend, durch Genehmigung nach Eintritt der Restitutionszeit [h]. Uebrigens wird nöthigenfalls, wenn der Fiduciar sich der Erklärung entzieht oder ohne Nachfolger gestorben ist, auch ohne Willenserklärung desselben die Restitution der Erbschaft mit den obigen Wirkungen als geschehen angenommen [i].

Anm. Streitig ist, ob nicht L. 1. Cod. commun. de legat. auch auf Universalvermächtnisse zu beziehen und darnach der Uebergang dinglicher Rechte gleichwie bei Singularvermächtnissen überall auch ohne Restitution stattfinde? Mayer v. d. Legaten §. 12. Dagegen Seuffert, das gesetzl. Veräußerungsverbot S. 40.

§. 586.

Die Erbschaft oder der Erbtheil, welche den Gegenstand des Universalfideicommisses bilden, können noch mit andern Vermächtnissen beschwert seyn. Hat der Erblasser nichts besonderes darüber bestimmt, so werden diese vom Fiduciar und Fideicommissar nach Verhältniß ihrer Erbtheile getragen [a], vom Fideicommissar allein, wenn der Fiduciar die ganze Erbschaft, beziehungsweise den ganzen Erbtheil restituirt [b]; jedoch kann auch der letzte in Anspruch genommen werden, sofern ihm mehr als der Betrag seiner Quarta in bestimmter Summe oder besondern Vermögensgegenständen vorbehalten ist und das Restituirte zur Deckung der Vermächtnisse nicht ausreicht [c]. Die Quarta wird dem Fiduciar auch durch andere Vermächtnisse nicht geschmälert; vielmehr sind diese wie das Universalfideicommiß dem Abzug unterworfen, um jene zu vervollständigen [d].

Anm. Ueber die verschiedenen Meinungen in Betreff der Repartition der Vermächtnißlast und die Ergänzung der Quarta vgl. Vang. 559.

§. 587.

2) Wenn der Fiduciar die Erbschaft nicht annimmt.

Weigert sich der Fiduciar die Erbschaft anzunehmen [a], so kann der Fideicommissar dieselbe ganz übernehmen. Er kann jenen zur

[g] L. 63. §. 3. cit. [h] L. 10. D. eod. [i] L. 7. §. 1. Cod. h. t. 6. 49.

[a] L. 2. Cod. h. t. L. 1. §. 20. D. h. t. cf. L. 1. §. 19. L. 15. §. 1. D. ut legat. 36. 3. [b] L. 2. D. h. t. 36. 1. cf. L. 3. §. 2. L. 16. §. 3. L. 51. eod. L. 8. Cod. h. t. [c] L. 1. §. 17. 21. D. h. t. [d] L. 2. 3. pr. §. 2. eod.

[a] L. 6. 9. §. 2. D. h. t. cf. L. 14. §. 1. eod.

Antretung und Abtretung der Erbschaft anhalten [b] oder es wird beides als geschehen angenommen, um das Fideicommiß nebst dem ganzen übrigen Inhalt des Testaments [c] aufrecht zu erhalten [1]. Der Fiduciar soll durchaus keinen Nachtheil davon haben [d], verliert aber auch die Vortheile, welche sonst die Antretung der Erbschaft ihm gewähren würde [e], insbesondere das Recht der Trebellianischen Quart, den Anspruch auf das ihm Vorbehaltene, das Recht der Anwachsung, und was sonst ihm nur vermöge des Erwerbes der Erbschaft zukommt [2]. Der Fideicommissar tritt mit völliger Ausschließung des Fiduciars in alle Rechte und Verbindlichkeiten der Erbschaft ein, gleich als ob er ihm substituirt wäre, und zwar für die ganze Erbschaft, beziehungsweise den ganzen Erbtheil, wenn gleich dem Erben nur die Restitution eines Theils auferlegt war [f]. Er muß denn auch die Vermächtnisse in demselben Maße wie der Fiduciar übernehmen [3], also mit Abzug der Quarta, soweit dieser dazu berechtigt war [g], nicht auch von Vermächtnissen, welche ihm selbst auferlegt sind [h]. Der Fiduciar kann sich übrigens eine Ueberlegungsfrist, ob er freiwillig antreten wolle, ertheilen lassen [i], und dann, wenn auch einstweilen gezwungen antretend, durch Erklärung vor Ablauf jener Frist noch die Vortheile freiwilliger Antretung sich erhalten [k]. Ist er unter einer Bedingung eingesetzt, deren Erfüllung in seinem Willen liegt, so wird bald die gleiche Leistung von Seiten des Fideicommissars für Erfüllung angenommen, bald dem Fiduciar die Erfüllung zugemuthet, wenn sie nämlich für diesen durchaus nicht beschwerend ist, bald auch dieselbe ganz nachgelassen; regelmäßig ist sonst von der Erfüllung der Bedingung, wie die Einsetzung des Fiduciars, so auch das Recht des Fideicommissars schlechthin abhängig [l].

Wie im Fall der Ablehnung des Fiduciars, so kann auch noch in folgenden Fällen der Fideicommissar anstatt desselben die Erbschaft erlangen: 1) nach einem Soldatentestament, wenn der Fiduciar weggefallen ist, der Testator aber jenem die Erbschaft jedenfalls zuzuwenden Willens war [m]; 2) in gleichem Fall überall, wenn der

[b] L. 4. 5 6. §. 5. eod. cf. L. 13. 14. §. 5...L. 16. eod. [c] L. 14. §. 3. eod. §. 6. J. h. t. 2. 23. [d] L. 11. pr. 27. §. 15. D. eod. [e] L. 14. §. 4. L. 27. §. 2. 14. L. 43. 45. eod. 55. §. 3. eod. [f] L. 16. §. 5. 9. eod. [g] L. 26. §. 9. L. 63. §. 11. L. 3. pr. §. 2. eod. [h] L. 55. §. 2. L. 63. §. 11. in f. eod. [i] L. 9. §. 1. eod. [k] L. 71. eod. [l] L. 31. §. 2. L. 63. §. 7....10. eod. cf. L. 7. eod. [m] L. 13. §. 4. D. de testam. mil. 29. 1.

Fiduciar beim Leben des Testators, ohne daß dieser davon Kenntniß erhalten, gestorben ist [n]; 3) wenn derselbe nach dem Erblasser gestorben ist, ohne die Erbschaft erworben zu haben und ohne daß ein Anderer durch Transmission an seine Stelle tritt [o]; 4) wenn er der Erklärung über Annahme oder Ablehnung der Erbschaft sich gänzlich entzieht [p].

Anm. [1] Der Zwang zur Antretung wurde ebenfalls durch das Sc. Pegasianum eingeführt. §. 6. J. h. t. Ueber die Voraussetzungen und Wirkungen: Vang. §. 558. 559. vgl. Seuffert §. 545. not. 4. „Allein der Zwang besteht in nichts anderem, als darin, daß die Antretung und Restitution (in contumaciam) als geschehen angenommen wird. Für das praktische Recht ist die Erwähnung dieses fingirten Zwanges ganz unerheblich."

[2] Der Fiduciar behält gleichwohl, was ihm conditionis implendae causa gegeben ist; L. 44. §. 4. 5. D. de cond. et dem. 35. 1.; auch Prälegate, falls nämlich Miterben antreten, und soweit jene auf deren Erbtheil lasten; arg. L. 17. §. 2. L. 18. 91. §. 2. D. de legat. I. cf. L. 18. §. 3. D. h. t. (die praeceptio in L. 55. §. 3. D. h. t. ist nicht ein Prälegat, sondern ein Vorbehalt vom Fideicommiß, cf. L. 27. §. 14. D. h. t.). Ist dem Fiduciar ein Vermächtniß für den Fall, daß er nicht Erbe werde, gegeben, so muß ihm der Fideicommissar dasselbe ganz entrichten, da die Miterben deficiente conditione davon befreit sind. L. 11. pr. L. 27. §. 15. D. h. t. — Vgl. übrigens noch: a) L. 27. §. 1. eod. b) L. 42. §. 1. L. 55. pr. §. 3. eod. Vang. §. 558. Anm. 1. a. E.

[3] Ist Mehreren das Universalfideicommiß hinterlassen, so treten diese, nach Verhältniß der einem jeden von ihnen bestimmten Erbtheile, mit gleichem Recht nebeneinander, auch wenn zuerst nur einer die Antretung und Abtretung der Erbschaft erwirkt hat. L. 1. §. 9. L. 16. §. 8. 9. L. 28. D. h. t.

§. 588.

3) Bei successivem Universalvermächtniß.

Ist einem Universalfideicommissar auferlegt, den Gegenstand seines Fideicommisses ganz oder zum Theil wiederum an einen Andern gelangen zu lassen, so geht auf den letzten, sobald dies fideicommissi venit, die mittelbare Erbfolge von selbst über, und jener ist verpflichtet, ihm die Vermögensgegenstände herauszugeben [a], und zwar, auch wenn er nach §. 587. ganz an die Stelle des Fiduciars getreten ist, ohne Berechtigung zum Abzug der Quarta [b], ausgenommen sofern und in dem Verhältniß als ihm selbst durch den Erben ein Abzug gemacht oder von diesem nur zu seinen Gunsten

[n] L. 14. D. l. c. [o] arg. L. 14. cit. L. 7. §. 1. Cod. h. t. 6. 49. [p] L. 7. §. 1. cit.

[a] L. 1. §. 8. D. h. t. [b] L. 55. §. 2. eod.

unterlassen worden ist [c]. Erwirbt der erste Fideicommissar das Vermächtniß nicht, so hat der zweite ohneweiters die Vermächtnißforderung gegen den Erben, und so kann derselbe auch, wenn jener es unterläßt, in den Fällen des §. 587. das Recht des Universalfideicommisses mit gleicher Wirkung für sich geltend machen [d].

IV. Von Schenkungen auf den Todesfall [a].

§. 589.

Schenkung auf den Todesfall oder von Todes wegen, mortis causa donatio [1], ist eine Schenkung, deren rechtlicher Bestand nach dem Willen des Schenkers davon abhängig ist, daß er den Beschenkten nicht überlebe [b]. Sie kann in Bezug auf eine bestimmte Lebensgefahr oder überhaupt in Aussicht des künftigen Todes des Schenkers vorgenommen werden [c]; in jedem Falle wird sie kraftlos, wenn der Beschenkte vor dem Schenker stirbt [d]; im ersten Falle regelmäßig auch, sobald nur der letzte jener Lebensgefahr entgangen ist [e]. Der Regel nach kann sie aber der Schenker jederzeit auch willkürlich widerrufen [f]. Außerdem wird durch dessen Tod ihre Wirksamkeit endgültig entschieden, sey es [g], daß dieser als aufschiebende, oder der frühere Tod des Beschenkten als auflösende Bedingung des Rechtsgeschäfts gesetzt ist [2]. Ihre Vornahme geschieht in gleicher Weise, wie die einer jeden andern Schenkung [h]; gerichtliche Verlautbarung aber ist, ob auch die Schenkung 500 Solidi übersteige, nicht erforderlich [i], wenn nur der Schenkungswille in der für Errichtung von Vermächtnissen erforderlichen Form erklärt worden ist [3].

Anm. [1] Ueber den Begriff vgl. a) L. 1. pr. D. h. t. Mortis causa donatio est, cum quis habere magis se vult, quam eum, cui donat, magisque eum, cui donat, quam heredem suum. b) L. 27. eod. Ubi ita donatur mortis causa, ut nullo casu revocetur, causa donandi magis est, quam mortis causa donatio, et ideo perinde haberi debet, atque alia quaevis inter vivos donatio, ideoque inter viros et uxores non valet et

[c] L. 1. §. 19. eod. [d] L. 55. §. 2. in f. eod.

[a] Dig de mortis causa donationibus et capionibus. 39. 6. Cod. de don. causa mortis 8. 57. [b] L. 1. pr. L. 35. §. 2. D. h. t. cf. L. 27. eod. [c] L. 2...6. 31. §. 2. L. 35. §. 4. eod. [d] L. 27. 29. in f. 35. §. 2. eod. cf. L. 13. §. 1. eod. [e] L. 29. eod. [f] L. 16. 30. eod. cf. L. 35. §. 4. eod. [g] L. 2. 29. 32. eod. [h] cf. L. 18. §. 1. 2. L. 24. 28. §. 1. 3. 4. L. 35. §. 5...7. eod. L. 11. §. 2...9. D. de donat. int. v. et u. 24 1. §. 80. not. h...k. §. 81. not. a. b. [i] L. 4. Cod. h. t. cf. pr. J. de donat. 2. 7. §. 81. not. g. h.

ideo nec Falcidia locum habet, quasi in mortis causa donatione. c) L. 18. pr. eod. Mortis causa capimus non tunc solum, cum quis suae mortis causa nobis donat, sed et si propter alterius mortem id faciat, veluti siquis filio vel fratre suo moriente donet Maevio ea conditione, ut, si convaluerit alteruter eorum, reddatur sibi res, si decesserit, maneat apud Maevium. d) L. 38. pr. eod. Inter mortis causa donationem et omnia, quae mortis causa quis ceperit, est earum rerum differentia. Nam mortis causa donatur, quod praesens praesenti dat, at mortis causa capi intelligitur et quod non cadit in speciem donationis. L. 31. pr. eod. Mortis causa capitur cum propter mortem alicuius capiendi occasio obvenit. (L. 8. pr. eod. *„quidquid propter alicuius mortem obvenit“*), exceptis his capiendi figuris, quae proprio nomine appellantur. — Ueber die ganze Lehre vorzüglich Savigny Syst. IV. §. 170...174. vgl. Vang. §. 561...563.

[2] Ueber die Verschiedenheit dieser beiden Fälle, insbesondere zur Erklärung der L. 11. §. 2. D. h. t. (not. g.) vgl. Fitting Begriff der Rückziehung S. 109. fg. Scheurl in d. krit. Ueberschau V. S. 43. fg.

[3] Eine sehr verbreitete Meinung ist, Justinian habe in L. 4. Cod. h. t. die Codicillarform als allgemeine und ausschließliche Form für alle Schenkungen auf den Todesfall eingeführt (neuerdings vertheidigt von Wiederhold in Linde's Ztschr. XV. S. 96. fg.) Dagegen Sav. S. 261. fg. Vang. §. 563. Unter diesen ist noch streitig, ob L. 4. cit. eben nichts anderes als die Codicillarform der Vermächtnisse auch auf Schenkungen dieser Art übertragen (Sav.) oder bloße Zuziehung von fünf fähigen Zeugen als Vertragsform angeordnet habe (Vang.).

§. 590.

Die Schenkung auf den Todesfall ist an sich verwandt dem Vermächtniß; es ist auch als Regel ausgesprochen, daß sie diesem gleichzustellen sey [a], und dies geschieht namentlich in Ansehung der Erwerbfähigkeit des Beschenkten [b], des Verhältnisses zu den Gläubigern des Schenkers [c], des Notherben- und Pflichttheilsrechts [d], der falcidischen Quart [e], des Anwachsungsrechts [f], der cautio Muciana [g] und conditio iurisiurandi [h], der cautio usufructuaria [i], des Vergleichs über Alimente [k], der Möglichkeit der Beschwerung mit Vermächtnissen [l], der Fähigkeit des Filiusfamilias zu deren Errichtung aus dem castrense peculium [m], und ihrer Ungültigkeit wegen capitis damnatio des Schenkers [n]. Gleichwohl ist sie noch

[a] L. 4. Cod. h. t. L. 37. pr. D. h. t. [b] L. 9. 22. 35. pr. D. eod. [c] L. 17. eod. [d] L. 1. §. 1. D. si quid in fraud. patroni. 38. 5. L. 3. pr. L. 5. §. 7. L. 20. pr. D. de legat. praest. 37. 5. [e] L. 2. Cod. h. t. 8. 57. L. 5. Cod. ad leg. Falcid. 6. 50. cf. L. 42. §. 1. D. h. t. [f] L un. §. 11. Cod. de cad. toll. 6. 51. [g] nov. 22. cap. 44. L. 8. §. 3. D. de cond. instit. 28. 7. [i] L. 1. §. 2. D. usufr. quemadm. cav. 7. 9. cf. L. 7. Cod. ut in poss. legat. 6. 54. [k] L. 8. §. 1. D. de transact. 2. 15. [l] L. 1. Cod. h. t. L. un. §. 8. Cod. de cad. toll. 6. 51. L. 77. §. 1. D. de legat. II. [m] L. 15. D. h. t. [n] L. 7. eod. L. 32. §. 7. D. de donat. int. v. et u. 24. 1.

wesentlich verschieden vom Vermächtniß; sie ist keine Gabe aus der Erbschaft, unabhängig von der Antretung derselben [o], und von der Verpflichtung einer bestimmten damit beschwerten Person [p], nicht bedingt durch Testamentifactio des Schenkers und Beschenkten [q], nicht geeignet zur Begründung des interdictum quod legatorum [r] oder einer Universalsuccession [s], und wird nicht verwirkt durch Anfechtung des Testaments [t]. Auch wird die Schenkung einer Rente, anders wie das Vermächtniß einer solchen, als eine angesehen [u].

Anm. Vgl. Vang. §. 562. „Der Grundgedanke ist . . . daß überall, wo der eigenthümliche Begriff der m. c. donatio als einer vom Erblasser selbst ohne Vermittelung einer Zwischenperson ausgehenden und nicht erst aus der Hereditas bewerkstelligten Vermögensvermehrung, entscheidend eingreift, die Legatentheorie gänzlich ausgeschlossen ist.“ Vgl. Mayer a. a. O. §. 14.

Drittes Capitel.

Von Erbansprüchen gegen den letzten Willen des Erblassers.

§. 591.

Die Willkür des Erblassers in Verfügung über seinen Nachlaß unterliegt einer Beschränkung durch das besondere Recht gewisser Personen, welche gesetzlich auf Erbeinsetzung oder wenigstens auf Hinterlassung eines gewissen Theils des Erbvermögens Anspruch haben. Man nennt sie Notherben (im weitern Sinn), oder auch in der letzten Beziehung insbesondere Pflichttheilsberechtigte, im ersten Fall Notherben (im engern Sinn), und den Inbegriff der betreffenden Rechtsvorschriften nennt man das Notherbenrecht, oder Pflichttheils- und Notherbenrecht. Solches Recht haben unter verschiedenen Voraussetzungen und in verschiedener Weise 1) Kinder und Aeltern oder Descendenten und Ascendenten, 2) Geschwister, 3) die dürftige Wittwe, 4) der unmündig Arrogirte.

Anm. Neuere Bearbeitungen dieser Lehre: Bluntschli, Entwickelung der Erbfolge gegen den letzten Willen. Bonn 1829. Francke, das Recht der Notherben und Pflichttheilberechtigten. Göttingen 1831. Mühlenbruch, in der

[o] L. 2. in f. D. h. t. [p] L. 29. eod. [q] L. 25. §. 1. eod. cf. L. 7. §. 4. D. de donat. 39. 5. cf. L. 7. §. 6. eod. L. 1. §. 1. D. de tut. act. 27. 3. L. 32. §. 8. D. de donat. int. v. et u. 24. 1. [r] L. 1. §. 5. D. quod legat. 43. 3. [s] L. 42. pr. D. h. t. cf. §. 82. not. a. [t] L. 5. §. 17. D. de his quae ut indign. 34. 9. [u] L. 35. §. 7. D. h. t.

Fortsetzung von Glück's Erläutr. Bd. 35. 119. bis Bd. 38. S. 117 (vgl. das. Bd. 6. S. 527. fg. Bd. 7. S. 1. fg.). Arndts, Pflichttheils- und Notherbenrecht, im Rtslex. VIII. S. 79...170. In den Lehrbüchern findet sich diese Lehre meistens in oder nach der Lehre von der testamentarischen Delation der Erbschaft eingeschoben, z. B. bei Puchta §. 485...494. Vang. §. 467...489. Anders dagegen und angemessener z. B. Blume Grundriß B. V. Cap. 3. Seuffert §. 651...664.

I. Recht der Kinder und Aeltern.

§. 592.

Kinder und Aeltern haben gegenseitig Anspruch zugleich [a] auf Erbeinsetzung (sog. formelles Notherbenrecht) und auf einen Pflichttheil (sog. materielles Notherbenrecht), vorausgesetzt: 1) daß sie überhaupt zu den nach §. 474...477. in der ersten oder zweiten Classe als Descendenten oder Ascendenten zur gesetzlichen Erbfolge berechtigten Personen gehören [b], mit Ausschluß des unvollkommen Adoptirten bezüglich der Erbschaft des Adoptirenden, und des vollkommen Adoptirten, so lange die Adoptivverwandtschaft besteht, im Verhältniß zum leiblichen Vater [c], sowie umgekehrt des letzten im Verhältniß zu jenem [1]; 2) daß sie auch im vorliegenden Fall zunächst als gesetzliche Erben berufen [d], nicht durch nähere wenn auch nicht pflichttheilsberechtigte Intestaterben ausgeschlossen seyn würden [2]; 3) daß ihre Ausschließung nicht dem Gesetze gemäß durch einen Enterbungsgrund gerechtfertigt sey [e]. Außerdem findet dies Recht nicht statt gegen ein Soldatentestament [3], soweit es als solches besteht [f], und gegen ein Pupillartestament [g].

Anm. [1] Manche sind anderer Meinung wegen L. 30. pr. D. l. c. (Vang. §. 474. 2. b.), voraussetzend, daß hier das Adoptivverhältniß als fortdauernd gedacht sey.

[2] Puchta §. 488. not. f. erfordert nur, daß kein Pflichttheilsberechtigter vorhanden sey, der ein näheres Intestaterbrecht hat. Dagegen Mühlenbruch Bd. 35. S. 140. fg. Arndts S. 123.

[3] Nicht dasselbe gilt von jedem Testament des Sohnes über bona castrensia vel quasi. Nov. 115. cap. 4. pr. nov. 123. cap. 19. cf. L. 37. Cod. de inoff. test. 3. 28.

[a] Nov. 115. cap. 3. pr. cap. 4. pr. [b] L. 6. pr. L. 29. §. 1. 3. D. de inoff. test. 5. 2. [c] L. 10. Cod. de adopt. 8. 48. [d] arg. L. 6. §. 1. L. 8. §. 8. D. de inoff. test. 5. 2. nov. 115. cap. 3. 4. in f. cf. §. 593. 599. [e] nov. 115. cap. 3. 4. cf. §. 602. [f] §. 6. J. de exhered. lib. 2. 13. L. 8. §. 3. 4. D. de inoff. test. 5. 2. L. 9. 24. Cod. eod. 3. 28. cf. L. 9. 10. Cod. de test. mil. 6. 21. [g] L. 8. §. 5. D. l. c. cf. §. 497.

A. Pflichttheilsrecht der Kinder und Aeltern [a].

§. 593.

1) Größe und Berechnung des Pflichttheils.

Der Pflichttheil, portio legitima, ist ein Theil des Vermögensbetrages desjenigen Erbtheils, welchen der Berechtigte als gesetzlicher Erbe erhalten würde, portio portionis ab intestato debitae [b], und zwar [c] ein Drittheil oder die Hälfte, je nachdem die Intestaterbfolge höchstens in vier oder in mehr als vier Theile sich theilt [1]. Sowohl um hierüber zu entscheiden, als um die Größe des gesetzlichen Erbtheils zu ermessen, kommen alle diejenigen in Betracht, welche bei der gesetzlichen Erbfolge als Miterben den Pflichttheilsberechtigten beschränken würden [d], also namentlich auch der rechtmäßig enterbte [2]. Die Berechnung des Vermögensbetrags des Pflichttheils geschieht mit Rücksicht auf den Stand des Vermögens zur Todeszeit des Erblassers [e], nach Abzug der Schulden und Leichenkosten [f], mit Einrechnung desjenigen, was erst durch den Tod des Erblassers unwiderruflich Jemanden aus dessen Vermögen erworben wird [g]. Der Berechtigte kann deshalb die Aufnahme eines gehörigen Vermögensverzeichnisses verlangen, ohne durch Schätzung des Erblassers selbst, wenn sie auch eidlich bekräftigt ist, gebunden zu seyn [h].

Anm. [1] Bis zur nov. 18. (not. c.) war der Pflichttheil immer nur quarta pars debitae portionis (not. b.). Dieses Gesetz aber bestimmte: ut si quidem unius est filii pater aut mater aut duorum vel trium vel quatuor, non triuncium eis relinqui solum, sed tertiam propriae substantiae partem ... Si vero ultra quatuor habuerit filios, mediam eis totius substantiae relinqui partem ...; am Ende hinzufügend: hoc observando in omnibus personis, in quibus ab initio antiquae quartae ratio de inofficioso lege decreta est. Darnach sind wohl Zweifel erhoben worden: a) ob diese Neuerung auch auf den Pflichttheil der Aeltern zu beziehen sey? b) ob der Pflichttheil jetzt noch als Theil des Intestaterbtheils jedes einzelnen Pflichttheilsberechtigten anzusehen sey? Mit Recht hat die herrschende Meinung beide Fragen stets bejaht; vgl. zu a) nov. 89. cap. 12. §. 3., zu b) §. 7. J. h. t. 2. 18. nov. 22. cap. 48. §. 1. in f. nov. 39. cap. 1. Sehr verschieden aber sind noch jetzt die Meinungen

[a] Inst. de inofficioso testamento. 2 18. Dig. 5. 2. Cod. 3. 28. [b] L. 8. §. 8. D. h. t. L. 31. Cod. eod. §. 3. J. h. t. [c] nov. 18. cap. 1. [d] L. 8. §. 8. D. h. t. [e] L. 6. Cod. h. t. cf. L. 44. §. 2. D. de bon. lib. 38. 2. §. 2. J. de lege Falcid. 2. 22. [f] L. 8. §. 9. D. h. t. cf. §. 3. J. l. c. [g] L. 5. 12. Cod. ad leg. Falcid. 6. 50. [h] arg. nov. 48. cap. 3.

darüber, wie nun der Pflichttheil für Enkel oder Urenkel zu bestimmen sey, welche allein oder zusammen mit Kindern des ersten Grades die nächsten Erben wären? Vang. §. 475. Anm. 1. Arndts S. 127. fg. Riedel in Linde's Ztschr. n. F. VIII. 8.

2 Daher die Regel: exheredatus partem facit ad minuendam, numerum facit ad augendam legitimam. Dasselbe gilt von andern Concurrenten bei der Intestaterbfolge, die nicht zugleich pflichttheilsberechtigt sind, z. B. dem unvollkommen adoptirten Kinde, oder Geschwistern als Miterben der Aeltern; auch von der dürftigen Wittwe. Dagegen wird nicht mehr gezählt, wer schon beim Leben des Erblassers (nach heutigem Recht) gültig auf sein Erbrecht verzichtet hat.

2) Hinterlassung des Pflichttheils.

§. 594.

Der Pflichttheil kann dem Berechtigten sowohl durch Vermächtnisse und Schenkungen auf den Todesfall als durch Erbeinsetzung hinterlassen werden [a]. Alles, was ihm auf den Todesfall aus dem Vermögen des Erblassers zugewendet wird, muß er sich auf den Pflichttheil anrechnen lassen; nicht, was er zwar durch Verfügung des Erblassers aber nicht als Gabe aus dessen Vermögen [b], oder was er zwar aus diesem Vermögen aber nicht durch Zuwendung des Erblassers erhält [c], auch nicht [d], was ihm nachträglich durch Substitution oder Anwachsungsrecht zukommt [1]. Ob das Hinterlassene den Pflichttheil erfülle [2], ist nach dessen Werthe zur Todeszeit zu bemessen [e]. Aber auch die Schenkung unter Lebenden, die mit dieser Bestimmung gegeben war, wird in den Pflichttheil eingerechnet [f], sodann die dos oder donatio propter nuptias [g], welche dem Berechtigten vom Erblasser als seinem Ascendenten bestellt war [3]; diese Gegenstände sind dann aber auch bei Berechnung des Betrages des Pflichttheils mit in Anschlag zu bringen, als ob sie zur Zeit des Todes noch in der Erbschaft sich befänden.

Anm. 1 Ueber verschiedene Meinungen in Betreff dieses Punktes vgl. Arndts a. a. O. not. 228.

2 Ueber den Fall insbesondere, wenn der Berechtigte schlechthin auf den Pflichttheil oder auf die dem Pflichttheil entsprechende Quote der Erbschaft eingesetzt ist: Arndts das. not. 225.

3 Nach R. R. auch noch der Werth eines käuflichen Dienstes (militia) der

[a] §. 6. J. h. t. 2. 18. L. 8. §. 6. D. h. t. L. 33. pr. Cod. h. t. cf. L. 36. pr. eod. [b] cf. L. 36. 38. D. de m. c. donat. 39. 6. [c] arg. L. 36. pr. in f. Cod. h. t. 3. 28. [d] L. 36. pr. cit. [e] L. 26. pr. cit. [f] §. 6. J. h. t. 2. 18. L. 25. pr. D. h. t. L. 35. §. 2. Cod. h. t. [g] L. 29. Cod. h. t.

dem Pflichttheilsberechtigten vom Erblasser verschafft war: L. 30. §. 2. Cod. h. t. 3. 28. (§. 529. Anm. 1.). Ohne Grund dehnen Manche diese Einrechnung in den Pflichttheil noch weiter aus, z. B. auf gewöhnliche Schenkungen, wenn einem andern Pflichttheilsberechtigten dos oder donatio propter nuptias angerechnet wird, oder auf das zum Ankauf irgend einer Sache Gegebene, oder wenigstens auf alles, „was zum Ankaufe von Etwas, wodurch der Sohn versorgt, ihm sein Fortkommen erleichtert wird, verwendet wurde." So Puchta Vorles. §. 489. mit dem Zusatze: „dies können seyn käufliche Aemter oder sonstige Stellen, z. B. Canonicate, aber auch Sachen, z. B. eine Gewerbgerechtigkeit, Landgut u. dgl." Vgl. dagegen L. 20. pr. Cod. de collat. 6. 20. Regula, ut omnia, quae portioni quartae computantur, etiam ab intestato conferantur, non e contrario tenebit ... Ea enim tantummodo ex his, quae conferuntur, memoratae portioni computabuntur, pro quibus specialiter legibus, ut hoc fieret, expressum est. Die Collation empfiehlt sich durch die Billigkeit mit Rücksicht auf die Miterben; für die Beschränkung eines Erben auf seinen Pflichttheil und in Ansehung desselben spricht keine solche Rücksicht.

§. 595.

Was dem Notherben zur Befriedigung seines Pflichttheilsrechts beim Ableben des Erblassers gebührt, soll ihm sofort unverkürzt, ohne Beschränkung und Belastung, gewährt werden. Eine beschränkende Nebenbestimmung (Bedingung, Zeitbestimmung oder Auflage) bei einer letztwilligen Verfügung für den Pflichttheilsberechtigten ist ungültig, soweit dadurch die Entrichtung des Pflichttheils ins Ungewisse gestellt, verzögert oder in ihrer Wirkung verkürzt würde [a]; sie gilt nur in Ansehung desjenigen, was die Verfügung über den Betrag des Pflichttheils gewährt [1]. Ist jenem die ganze Erbschaft als Fideicommiß von einem spätern Zeitpunkt an hinterlassen, so kann er die Entrichtung des Pflichttheils sofort, die Restitution des Uebrigen später fordern [b]; ist er selbst zum Erben eingesetzt und der Nießbrauch der Erbschaft einem Andern vermacht, so erhält er den Pflichttheil frei vom Nießbrauch, der sich nur auf die übrigen Erbtheile beschränkt [c]; und so auch kann er, wenn ihm die Restitution der Erbschaft auferlegt ist, ohne Rücksicht auf den Fruchtgenuß der Zwischenzeit, die Pflichttheilsquote der Erbschaft rein und unbeschwert für sich behalten [d]. Indessen kann der Erblasser, indem er dem Notherben mehr als den Pflichttheil bestimmt, gültig verordnen, daß derselbe diesen Mehrbetrag nur dann erhalten solle,

[a] L. 32. Cod. h. t. 3. 28. [b] L. 36. §. 1. Cod. h. t. [c] nov. 18. cap. 3. [d] L. 32. Cod. cit. cf. L. 8. §. 11. D. h. t.

wenn er eine das Ganze betreffende Beschränkung oder Auflage sich gefallen lasse [2].

Anm. [1] L. 32. Cod. cit... Si conditionibus quibusdam vel dilationibus aut aliqua dispositione moram vel modum vel aliud gravamen introducente eorum iura... imminuta esse videantur, ipsa conditio vel dilatio vel alia dispositio moram vel quodcunque onus introducens tollatur, et ita res procedat, quasi nihil eorum testamento additum esset. Daher ist die bedingte Erbeinsetzung, insofern sie den Pflichttheil gewähren soll, als unbedingte wirksam, was jedoch nicht auf die Substitution Anwendung findet, die noch gar keine Hinterlassung des Pflichttheils enthält. Vgl. §. 594. not. d.

[2] Dies ist die sog. Socinische Cautel, cautela Socini, so genannt nach Marianus Socinus dem jüngern (†. 1556. in Siena), welcher die Zulässigkeit dieser Aushülfe in einem Gutachten ausführlich vertheidigt hat. Vgl. Koch, über die Socinische Cautel. Gießen 1786. Glück Bd. 7. S. 86. fg. Die Beschränkung kann auch darin bestehen, daß der Notherbe nicht Errichtung eines Inventars verlangen, widrigenfalls auf den Pflichttheil beschränkt seyn solle. Arndts a. a. O. S. 136.

3) Schutz des Pflichttheilsrechts.

§. 596.

a) Gegen Verletzung durch den letzten Willen.

Wenn einem Pflichttheilsberechtigten nicht der ganze Pflichttheil hinterlassen ist, ohne daß zugleich sein Anspruch auf Erbeinsetzung verletzt ist (§. 598.), so hat er eine persönliche Klage auf Ergänzung des Pflichttheils [a], actio ad supplendam legitimam, suppletoria s. expletoria [1], gegen die Erben [b], beziehungsweise Miterben, auch gegen den Universalfideicommissar, nach Verhältniß ihrer Erbtheile, gegen andere Notherben jedoch nur, insofern sie mehr als den Pflichttheil erhalten haben [2]. Die Klage ist zu vergleichen der Klage aus dem ausdrücklich angeordneten Vermächtniß des Pflichttheils [3], geht auch gleich dieser auf die Erben über [c], wird nicht ausgeschlossen durch Anerkennung des Testaments oder Annahme des darin Hinterlassenenen, wenn nicht eine deutlich erklärte Verzichtleistung auf das Fehlende hinzukommt [d], und verjährt erst in 30 Jahren [4]. Als Miterbe kann der Pflichttheilsberechtigte seine Ergänzungsforderung auch im Erbtheilungsstreite geltend machen. Ist er allein zum Erben eingesetzt oder doch wenigstens auf die dem

[a] §. 3. J. h. t. 2. 18. L. 30. pr. 36. pr. Cod. h. t. 3. 28. [b] nov. 115. cap. 5. pr. [c] L. 34. Cod. eod. [d] L. 35. §. 2. eod.

Pflichttheil entsprechende Quote der Erbschaft, so bedarf er der Ergänzungsklage nicht (§. 595.).

Anm. 1 Die Klage wird auch wohl condictio ex lege 30. Cod. de inoff. test. genannt. Vor diesem Gesetze Justinians erzeugte jede Schmälerung des Pflichttheils, wenn nicht der Erblasser ausdrücklich die Ergänzung angeordnet hatte, die querela inofficiosi testamenti, welche Rescission des Testaments bewirkte. Nun aber sollte in solchem Fall die Regel gelten: omnimodo, etsi non adiiciatur: *viri boni arbitratu repleri (debitam portionem)*, attamen ipso iure inesse eandem repletionem. L. 36. pr. Cod. h. t.

2 Gegen die Meinung, daß andere Notherben nur, sofern sie auf mehr als ihren Intestaterbtheil eingesetzt sind, zur Ergänzung beizutragen haben (z. B. Francke S. 334. arg. L. 19. D. h. t. 5. 2.), vgl. Arndts S. 140.

3 Manche stellen mit Puchta §. 489. a. E. den Satz auf: „Dieselbe Klage, welche der Notherbe wegen des ihm ausdrücklich Hinterlassenen hat, erstreckt sich auch auf diese gesetzliche Ergänzung," wornach also die sog. actio suppletoria nach Umständen bald die wahre Vermächtnißklage bald auch hereditatis petitio seyn könnte. Dieser Satz ist unhaltbar: Arndts a. a. O. S. 138.

4 Nicht in fünf Jahren, wie die querela inofficiosi testamenti. Nicht entgegen steht L. 34. Cod. h. t., in welcher der Satz: *tunc etenim ... competebat* als Parenthese auszuscheiden ist. Francke S. 335. fg.

§. 597.

b) Gegen Verletzung durch Rechtsgeschäfte unter Lebenden.

Der Erblasser soll auch bei Lebzeiten nicht durch übermäßige Freigebigkeit gegen Andere den künftigen Anspruch seines Notherben auf einen gewissen Theil seines Vermögens schmälern oder vereiteln. Diesem wird daher 1) querela inofficiosae donationis gegeben [a], zur Anfechtung einer pflichtwidrigen oder lieblosen weil übermäßigen Schenkung des Erblassers (inofficiosa, immodica donatio), d. i. einer Schenkung, die für sich allein oder in Zusammenrechnung mit andern vorhergehenden Schenkungen [b] so viel betrug, daß sie den Pflichttheil, nach dem Vermögensstande vor den fraglichen Schenkungen, nicht übrig ließ, vorausgesetzt, daß in Folge dessen der Notherbe beim Tode des Schenkers aus dessen Nachlaß, mit Inbegriff der ihm selbst gemachten Schenkungen, wirklich weniger erhält, als sein Pflichttheil ohne jene Minderung des Vermögens betragen würde [c]; die Klage geht gegen den Beschenkten oder dessen Erben, auf Rescission der Schenkung und Zurückgabe ihres Gegenstandes, soweit es dessen zur Beseitigung der Pflichttheilsverletzung

[a] Cod. de inofficiosis donationibus. 3. 29. cf. L. 87. §. 3. D. de legat. II.
[b] arg. L. 1. 3. 5. 6. . 8. Cod. h. t. [c] arg. nov. 92. cap. 1.

bedarf [d]. Sodann hat derselbe 2) querela inofficiosae dotis [e], wenn die Verletzung des Pflichttheils durch Bestellung einer Dos bewirkt worden, gegen den Mann oder nach Auflösung der Ehe gegen den Rückempfänger der Dos, übrigens unter gleicher Voraussetzung und zu gleichem Zweck, wie die erste Klage.

Beide Klagen finden, gleich ihrem Vorbilde, der querela inofficiosi testamenti [f], nur dann statt, wenn es an einem andern Rechtsmittel zur Erreichung desselben Zweckes fehlt [g]; sie verjähren in fünf Jahren, vom Tode des Erblassers an [h], gehen auf die Erben des Verletzten nur über, wenn dieser den Willen, sein Recht geltend zu machen, an den Tag gelegt hatte [i], und werden beseitigt durch Anerkennung von Seiten des Verletzten.

Anm. [1] Ueber obige beide Rechtsmittel und manchfaltige darauf bezügliche Streitfragen vgl. Francke S. 498. fg. Mühlenbruch Bd. 36. S. 38. fg. Arndts im Rtslex. VIII. S. 162. fg. — Auf onerose Veräußerungen findet die querela inofficiosae donationis Anwendung, wenn und insofern dieselben eine versteckte Schenkung enthalten. — Ueber analoge Anwendung auf Pflichttheilsverletzung durch Erbvertrag oder Einkindschaft nach heutigem Recht vgl. Seuffert's Arch. IV. 135. 138. 243. V. 36. VII. 76.

[2] Nach L. 5. Cod. h. t. 3. 29. geben Viele auch dem Schenker selbst das Recht des Widerrufs einer übermäßigen Schenkung, falls ihm später noch rechtmäßige Kinder geboren werden. Vang. §. 582. S. 329. Vgl. aber Arndts a. a. O. S. 163. not. 377. und S. 169.

B. Anspruch auf Erbeinsetzung.

§. 598.

1) Vorschrift der Erbeinsetzung.

Die Hinterlassung des Pflichttheils allein genügt den Erbansprüchen der Kinder und Aeltern nicht; sie sollen auch, wenn der Erblasser ein Testament errichtet, zu Erben eingesetzt seyn, es wäre denn ihre Ausschließung durch Angabe eines gesetzlichen in Wahrheit beruhenden Enterbungsgrundes gerechtfertigt; widrigenfalls können sie gegen das Testament als gesetzliche Erben auftreten. Indessen kann deren Erbeinsetzung auch auf bestimmte Vermögensgegenstände beschränkt seyn; nur darf sie nicht eine Erbeinsetzung

[d] arg. L. 2. 5. 7. 8. Cod. h. t. nov. 92. cap. 1. cf. L. 87. §. 3. D. cit. [e] L. un. Cod. de inofficiosis dotibus. 3. 30. [f] L. 1. 2. 4. 6. 9. Cod. h. t. 3. 29. [g] L. 4. Cod. h. t. cf. L. 2. eod. fragm. Vat. §. 281. [h] L. 9. Cod. h. t. cf. L. 34. in f. Cod. de inoff. test. 5. 2. [i] L. 9. Cod. cit. cf. L. 6. §. 2. L. 7. 8. pr. D. de inoff. test. 5 2. L. 5. Cod. eod. 3. 28.

auf Nichts seyn, daher auch nicht auf Etwas, das dem Eingesetzten selbst gehört, mag dies auch vom Erblasser herrühren und sogar in den Pflichttheil einzurechnen seyn, ausgenommen wenn dem Erblasser noch eine letztwillige Verfügung darüber zusteht. Auch eine bedingte Erbeinsetzung, die es zur Todeszeit noch ist, genügt nicht, ausgenommen, wenn die Bedingung eine reine Potestativbedingung ist. Ist aber der Notherbe als Vulgarsubstitut eingesetzt, so werden nur die vorhergehenden Grade der Erbeinsetzung, in Ansehung deren jener nicht eingesetzt und nicht rechtmäßig enterbt ist, als der gesetzlichen Vorschrift nicht entsprechende Bestimmung über die Erbfolge beseitigt.

Anm. Nach dem Recht des Codex und der Digesten hatten noch nicht alle pflichttheilsberechtigten Kinder und Aeltern auch Anspruch auf Erbeinsetzung; sie hatten nur, wenn ihnen nicht irgendwie wenigstens ein Theil des Pflichttheils hinterlassen war, querelam inofficiosi testamenti, eine Klage von eigenthümlicher Natur und Beschränkung, welche Rescission des Testaments durch richterliches Urtheil und somit Intestaterbfolge herbeiführte. Vgl. §. 593. not. a. §. 596. Anm. 1. Aber:

1) Nach Civilrecht mußten sui heredes entweder zu Erben eingesetzt oder ausdrücklich enterbt seyn, beides in bestimmter Weise; wegen Präterition eines solchen Erben war das Testament seinem ganzen Inhalt nach, oder, wenn der Mangel nur einen Grad der Erbeinsetzung betraf, rücksichtlich dieses Grades, von Anfang an nichtig, wenn der präterirte Suus schon damals vorhanden war; es wurde ipso iure nichtig, wenn der Suus erst später eintrat (agnatione oder quasi agnatione sui heredis). Inst. de exheredatione liberorum. 2. 13. Dig. de liberis et postumis heredibus instituendis vel exheredandis. 28. 2. Cod. de liberis praeteritis vel exheredatis. 6. 28. de postumis heredibus instituendis vel exheredandis. 6. 29.

2) Nach prätorischem Recht konnten dieselben Personen, welchen ab intestato bonorum possessio ex edicto unde liberi deferirt wurde (§. 474. Anm. 2.), emancipirte Kinder wie sui heredes, und zwar in gleichem Verhältniß wie dort, die eingesetzten Erben verdrängend, contra tabulas bonorum possessionem erlangen, wenn sie nicht in gehöriger Weise entweder eingesetzt oder ausdrücklich enterbt waren; wobei aber, wenn das Testament nicht etwa nach 1) nichtig war, die Verfügungen zu Gunsten von Descendenten und Ascendenten bis zum Betrage des Erbtheils eines Notherben, sodann Vermächtnisse zur Restitution einer empfangenen Dos aufrechterhalten wurden, auch andere nicht die Erbfolge der Notherben beschwerende Verfügungen, namentlich auch Pupillarsubstitutionen, wirksam blieben. Dig. de bonorum possessione contra tabulas. 37. 4. de legatis praestandis contra tabulas bonorum possessione petita. 37. 5. Cod. de b. p. contra tabulas, quam praetor pollicetur. 6. 12. cf. L. 4. Cod. de lib. praet. 6. 28. §. 3...5. J. de exhered. lib. 2. 13.

Diese Beschränkungen des Erblassers waren rein formell; durch Exheredatio

in gehöriger Form, auch ohne Angabe eines Grundes, wurde das Testament gegen Anfechtung gesichert; der Enterbte konnte nur noch, wie andere Descendenten, wegen Verletzung des Pflichttheils klagen, wenn ihm dieser nicht in anderer Weise hinterlassen war. Allein durch nov. 115. cap. 3. 4. (v. J. 541., im Authenticum nov. 111.) hat Justinian vorgeschrieben, daß Ascendenten alle ihre pflichttheilsberechtigten Descendenten und umgekehrt diese eben so ihre pflichttheilsberechtigten Ascendenten zu Erben einsetzen oder deren Nichteinsetzung durch ausdrückliche Angabe eines der in diesem Gesetze genannten Enterbungsgründe rechtfertigen sollen; er hat mit der Verletzung dieser Vorschrift bestimmte Folgen verbunden, die von den Folgen der Verletzung des Pflichttheils- oder Notherbenrechts nach bisherigem Rechte wesentlich abweichen. Vgl.:

a) nov. 115. cap. 3. pr. Sancimus igitur, non licere penitus patri vel matri, avo vel aviae, proavo vel proaviae, suum filium vel filiam vel ceteros liberos praeterire aut exheredes in suo facere testamento, nec si per quamlibet donationem vel legatum vel fideicommissum vel alium quemcunque modum eis dederint legibus debitam portionem, nisi forsan probabuntur ingrati et ipsas nominatim ingratitudinis causas parentes suo inseruerint testamento.

b) cap. 3. in f. ibid. Si autem haec observata non fuerint, nullum exheredatis liberis praeiudicium generari, sed, quantum ad institutionem heredum pertinet, testamento evacuato, ad parentum hereditatem liberos tamquam ab intestato ex aequa parte venire, ne liberi falsis accusationibus condemnentur vel aliquam circumscriptionem in parentum substantiis patiantur. Si tamen contigerit in quibusdam talibus testamentis quaedam legata vel fideicommissa aut libertates aut tutorum dationes relinqui vel quaelibet alia capitula concessa legibus nominari, ea omnia iubemus adimpleri et dari illis, quibus fuerunt derelicta, ut tanquam in hoc non rescissum obtineat testamentum.

c) Cap. 4. pr. eod. . . Sancimus itaque non licere liberis parentes suos praeterire aut quolibet modo rebus propriis, in quibus habent testandi licentiam, eos omnino alienare, nisi causas, quas enumerabimus, in suis testamentis specialiter nominaverint.

d) Cap. 4. in f. ibid. Sin autem haec non fuerint observata, nullam vim huiusmodi testamentum quantum ad institutionem heredum habere sancimus, sed rescisso testamento eis, qui ab intestato ad hereditatem defuncti vocantur, res eius dari disponimus, legatis videlicet sive fideicommissis et libertatibus et tutorum dationibus seu aliis capitulis, sicut superius dictum est, suam obtinentibus firmitatem. Si quid autem pro legatis sive fideicommissis aut libertatibus et tutorum dationibus aut quibuslibet aliis capitulis in aliis legibus inventum fuerit huic constitutioni contrarium, hoc nullo modo volumus obtinere.

Nach diesem Gesetz besteht nun in dieser Beziehung ein gemeinschaftliches Recht für alle Descendenten und für Ascendenten. Es ist aber sehr streitig, ob daneben noch das besondere Recht der sui heredes und emancipirten Kinder (nach 1. 2.) bestehe oder nicht? Das erste (sog. Corrections- oder Additionalsystem)

wird z. B. noch vertheidigt von Vang. §. 486. Mayer Erbr. I. S. 262. fg.; das andere (sog. Derogations- oder Reformsystem) von Bluntschli, Francke, Mühlenbruch a. a. O., Puchta §. 493., Seuffert §. 658...662. u. a. Vgl. Arndts a. a. O. S. 116. fg. „Welche von diesen Theorien nun an sich vorzuziehen wäre, darüber kann man nicht lange zweifelhaft seyn. Die letzte gewährt einfache im Wesentlichen befriedigende Resultate, sie beseitigt Unterschiede, die zu Justinians Zeit keinen rechten Grund mehr hatten, schneidet dadurch eine Menge von schwierigen Verwickelungen ab und entspricht so dem praktischen Bedürfnisse einer Zeit, welcher ein so verwickeltes, oft der scharfsinnigsten Unterscheidungsgabe noch schwieriges Recht ein Stein des Anstoßes seyn mußte. Die erste dagegen läßt nicht nur gegen den Geist des neueren Rechts alle jene Unterschiede bestehen, sondern vermehrt sogar noch die Verwickelung und führt Schwierigkeiten herbei, für die sich kaum eine Lösung findet."

2) Folgen der Verletzung.

§. 599.

Wenn in einem Testament Kinder oder Aeltern nicht nach Vorschrift des §. 598. zu Erben eingesetzt und auch nicht rechtsgültig ausgeschlossen sind, so können sie durch die einfache Erklärung des Willens, als gesetzliche Erben einzutreten, die Erbeinsetzungen des Testaments beseitigen und nicht nur für sich, sondern zugleich für alle diejenigen, die mit ihnen dazu berufen sind, die Intestaterbfolge herbeiführen. Sie können demnach auch sofort ihr Recht als Intestaterben gegen die eingesetzten Erben wie gegen andere Personen durch die ordentliche Erbschaftsklage geltend machen. Diese verjährt nach der allgemeinen Regel erst in dreißig Jahren, steht auch den Erben des Notherben zu, sobald dieser nur jenen Willen erklärt hat, oder auch ohnedies vermöge Transmissionsrechts (§. 512...516.), und wird nicht ausgeschlossen durch Annahme eines Vermächtnisses nach dem Testament, wenn darin nicht deutlich eine Verzichtleistung auf die Erbfolge ausgesprochen liegt, sowie auch andererseits der vergebliche Versuch, gegen das Testament die Erbfolge als Notherbe zu behaupten, nicht den Verlust der diesem hinterlassenen Vermächtnisse bewirkt. Wird das verletzte Notherbenrecht gegen das Testament nicht geltend gemacht, so sind die übrigen Intestaterben nicht berechtigt, dieses anzufechten.

Anm. Auch über die Folgen der Verletzung des Notherbenrechts nach nov. 115. sind die Ansichten sehr verschieden, insbesondere darüber wie die Ungültigkeit der Erbeinsetzungen eintrete? und mit welchem Rechtsmittel daher die Erbfolge gegen das Testament geltend zu machen sey? Man unterscheidet in dieser

Beziehung gewöhnlich drei Hauptansichten oder Systeme: das sog. Nullitätssystem, das Inofficiositätssystem und ein gemischtes System, wodurch aber noch keineswegs alle wesentlichen Meinungsverschiedenheiten bezeichnet sind. Diese sind folgende: 1) Das Mittel zur Anfechtung des Testaments nach nov. 115. ist in allen Fällen die querela inofficiosi testamenti, mit ihren Eigenthümlichkeiten nach bisherigem Recht, wodurch denn richterliche Rescission des Testaments in Ansehung der Erbeinsetzung erwirkt wird; dies ist das sog. Inofficiositätssystem, von Bulgarus aufgestellt, von Cuiacius und Donellus gebilligt, jetzt noch vertheidigt u. a. von Mayer Erbr. I. S. 286. fg. 2) Die querela inofficiosi testamenti greift nur dann Platz, wenn ein Enterbungsgrund angegeben ist, dessen Wahrheit aber bestritten wird; im andern Fall sind oder werden die Erbeinsetzungen ohne Gebrauch dieser Klage nichtig; ein solches gemischtes System, schon in der Glosse gebilligt, in der Praxis lange Zeit vorherrschend, stellt noch Puchta §. 493. auf. 3) Die Erbeinsetzungen sind ipso iure von Anfang an nichtig, wenn der nicht gehörig eingesetzte oder enterbte Notherbe schon zur Zeit der Testamentserrichtung vorhanden war, sie werden es, wie nach altem Recht durch agnatio oder quasi agnatio postumi, wenn derselbe erst später hinzutritt; der Notherbe hat überall nur die sog. Nullitätsquerel, d. i. eine hereditatis petitio ab intestato ex causa nullitatis. Dies ist das reine Nullitätssystem (System der sog. absoluten Nullität), schon vom Glossator Martinus aufgestellt, heutzutage vertheidigt z. B. von Vang. §. 485. Sint. §. 198., wobei jedoch wohl noch die Möglichkeit einer wirksamen bonorum possessio secundum tabulas anerkannt wird, wenn die verletzten Notherben wegfallen. Vgl. Brandis in Linde's Ztschr. VII. S. 197. fg. 4) Die Erbeinsetzungen werden von selbst nichtig, wenn zur Zeit des Todes des Erblassers ein nicht eingesetzter oder rechtmäßig enterbter Notherbe vorhanden ist. So Mühlenbruch a. a. O. S. 256. fg. 5) Die Erbeinsetzungen sind nur nichtig, insofern ein verletzter Notherbe sein Recht gegen das Testament geltend macht; sie werden erst durch den Willen des übergangenen Notherben beseitigt, aber mit der Wirkung, daß nun dieselben als Intestaterben ohneweiters die hereditatis petitio haben. Dies ist das System der sog. relativen Nullität, oder, wie es richtiger bezeichnet wird, der Rescissibilität durch den bloßen Willen der Notherben, vertheidigt namentlich von Bluntschli und Francke a. a. O., Seuffert §. 658..662. und Arndts a. a. O. S. 106...116. 148. fg., auch Rudorff zu Puchta's Vorles. §. 493. Anm. 4.

§. 600.

Die Ungültigkeit beschränkt sich nur auf die Erbeinsetzungen, natürlich mit Inbegriff der Vulgarsubstitutionen; der sonstige Inhalt des Testaments bleibt bei Kraft, wenn dieses aus keinem andern Grunde unwirksam ist, auch dann, wenn die ungültig eingesetzten Erben etwa die Erbschaft noch ausdrücklich ablehnen. So namentlich Vermächtnisse, Ernennung von Vormündern, Pupillarsubstitution; aber nicht auch die Enterbung eines andern Notherben, der vielmehr an der nun eröffneten Intestaterbfolge, ebenso wie solche,

die gar nicht zu den Notherben gehören, theilnehmen kann. Auch die Erbeinsetzungen selbst können für diesen Fall der Anfechtung durch die Codicillarclausel als Fideicommisse aufrecht erhalten werden.

Anm. Ueber einzelne Punkte, die auch hier wieder streitig sind, vgl. Arndts a. a. O. S. 151...154., insbesondre darüber, ob und inwiefern das wegen Verletzung des Notherbenrechts ungültige Testament durch die Codicillarclausel aufrecht erhalten werden könne, vgl. Vang. §. 527. Anm. 2. Mayer v. Legaten §. 25. Seuffert's Arch. III. 335. V. 205. VIII. 70.

C. Ausschließung der Kinder und Aeltern.

§. 601.

1) Gründe.

Kinder und Aeltern, die nächste gesetzliche Erben wären, von der Erbschaft auszuschließen, soll nicht der Willkür des Erblassers überlassen seyn; es soll aber nicht unmöglich seyn, wo jene die Ausschließung verdient haben. Das Gesetz stellt eine Reihe von Gründen auf, aus welchen Kinder durch die Aeltern, sowie, aus welchen Aeltern durch die Kinder rechtmäßig ausgeschlossen werden können. Nur diese gesetzlich angegebenen Gründe sind geeignet, die Ausschließung zu rechtfertigen. Sie beruhen meistens in tadelnswerthem Betragen gegen den Erblasser (daher causae ingratitudinis oder offensionis); sie setzen eine Schuld des zu Enterbenden voraus, für welche die Enterbung eine verdiente Strafe ist; daher sind sie nicht gegeben, wo es bei einer Handlung an der erforderlichen Zurechnungsfähigkeit fehlte, oder diese als Abwehr gegen ungerechten Angriff gerechtfertigt erscheint; sie werden beseitigt durch vollkommene Verzeihung des Vergehens von Seiten des Beleidigten. Uebrigens wird durch einen solchen Enterbungsgrund nicht nur die Nichteinsetzung des Descendenten oder Ascendenten, sondern auch die Entziehung oder Schmälerung des Pflichttheils gerechtfertigt, also auch die Klage auf Ergänzung des letzten und die Anfechtung einer Schenkung oder Dos wegen Verletzung des Pflichttheils ausgeschlossen.

Anm. 1) Nach älterem Recht bedurfte es einer Rechtfertigung nur für Entziehung oder Schmälerung des Pflichttheils; die blos formelle Exheredatio stand ganz in der Willkür des Erblassers. Auch für jene aber waren die Gründe nicht gesetzlich bestimmt, sondern der Erwägung des Richters anheimgestellt. Erst Justinian hat durch nov. 115. die Enterbungsgründe gesetzlich festgestellt, zunächst als Rechtfertigungsgründe der Nichteinsetzung, die nun aber seiner Absicht gemäß auch für Schmälerung des Pflichttheils allein genügend sind.

2) Die einzelnen Enterbungsgründe sind:

a) für Enterbung der Kinder nach nov. 115. cap. 3. §. 1. Si quis parentibus suis manus intulerit. §. 2. Si gravem et inhonestam iniuriam eis ingesserit. §. 3. Si eos in criminalibus causis accusaverit, quae non sunt adversus principem sive rempublicam. §. 4. Si cum maleficis hominibus ut maleficus conversatur; §. 5. vel vitae parentum suorum per venenum aut alio modo insidiari tentaverit. §. 6. Si novercae suae aut concubinae patris filius sese immiscuerit. §. 7. Si delator contra parentes filius extiterit et per suam delationem gravia eos dispendia fecerit sustinere. §. 8. Si quemlibet de praedictis parentibus inclusum esse contigerit, et liberi ... vel unus ex his in sua eum noluerit fideiussione suscipere ..., in quantum esse qui petitur probatur idoneus; hoc tamen ... ad masculos tantummodo liberos volumus pertinere. §. 9. Si convictus fuerit aliquis liberorum ex eo, quia prohibuerit parentes suos condere testamentum ... §. 10. Si praeter voluntatem parentum inter arenarios vel mimos sese filius sociaverit et in hac professione permanserit, nisi forsitan etiam parentes eiusdem professionis fuerint (cf. L. 11. Cod. de inoff. test. 3. 28.). §. 11. Si alicui ex praedictis parentibus volenti suae filiae vel nepti maritum dare et dotem ... pro ea praestare, illa non consenserit, sed luxuriosam degere vitam elegerit. Si vero usque ad 25 annorum aetatem pervenerit filia et parentes distulerint eam marito copulare et forsitan ex hoc contigerit in suum corpus eam peccare aut sine consensu parentum marito se, libero tamen, coniungere, hoc ad ingratitudinem filiae nolumus computari.... §. 12. Si quis de praedictis parentibus furiosus fuerit et eius liberi vel quidam ex his aut liberis ei non existentibus alii eius cognati ... obsequium ei et curam competentem non praebuerint, si quidem a tali sanatus fuerit infirmitate, erit ei potestas, utrum velit negligentem filium vel filios aut cognatos ingratum vel ingratos in suo scribere testamento.... §. 13. Si unum de praedictis parentibus in captivitate detineri contigerit et eius liberi sive omnes sive unus non festinaverint eum redimere. ... §. 14. Si quis de praedictis parentibus orthodoxus constitutus senserit suum filium vel liberos non esse catholicae fidei nec in sacrosancta ecclesia communicare, in qua beatissimi patriarchae una conspiratione et concordia fidem rectissimam praedicant ... licentiam habeant pro hac maxime causa ingratos eos et exheredes in suo scribere testamento.

b) Für Enterbung der Aeltern nach nov. 115. cap. 4. §. 1. Si parentes ad interitum vitae liberos suos tradiderint, citra causam tamen, quae ad maiestatem pertinere cognoscitur. §. 2. Si venenis aut maleficiis aut alio modo parentes filiorum vitae insidiati probabuntur. §. 3. Si pater nurui suae aut concubinae filii sui sese immiscuerit. §. 4. Si parentes filios suos testamentum condere prohibuerint in rebus, in quibus habent testandi licentiam. ... §. 5. Si contigerit aut virum uxori suae ad interitum aut alienationem mentis dare venenum aut uxorem marito vel alio modo alterum vitae alterius insidiari, ... liberis esse licentiam, nihil

in suis testamentis de facultatibus suis illi personae relinquere ... §. 6. Si liberis vel uno ex his in furore constituto parentes eos curare neglexerint ... §. 7. His casibus etiam cladem captivitatis adiungimus ... §. 8. Si quis de praedictis liberis orthodoxus constitutus senserit suum parentem vel parentes non esse catholicae fidei, haec et in eorum persona tenere, quae supra de parentibus iussimus.

Ueber die Auslegung und heutige Anwendung dieser Bestimmungen vgl. Arndts im Rtslex. III. S. 895...900.

§. 602.

2) Art und Weise der Ausschließung.

Zu wirksamer Ausschließung von der Erbschaft ist erforderlich, daß im Testament der Wille des Erblassers, einen Notherben auszuschließen, bestimmt und deutlich ausgesprochen und dafür wenigstens einer der gesetzlichen Enterbungsgründe ausdrücklich angegeben sey. Unter Angabe eines wahren Enterbungsgrundes kann die Ausschließung auch blos bedingt geschehen, sowie unter dieser Voraussetzung auch eine bedingte Einsetzung des Notherben gültig ist; angemessener aber ist es, in solchem Fall den Notherben unter Bedingung einzusetzen und unter der entgegengesetzten ausdrücklich auszuschließen. Auch kann die Enterbungsursache selbst bedingungsweise ausgesprochen werden, nicht nur für die Vergangenheit, sondern auch für die Zeit nach der Testamentserrichtung bis zum Tode des Testators, so daß die Enterbung gültig ist, wenn bis dahin der Notherbe sich des bezeichneten Vergehens schuldig gemacht hat. Die Enterbungsursache muß von den eingesetzten Erben als wahr erwiesen werden. Sind mehrere angegeben, so genügt der Beweis der einen oder andern; der Beweis einer nicht angegebenen kann den mangelnden Beweis der angegebenen nicht ersetzen.

Anm. [1] Nov. 115. cap. 3. §. 14. in f. Sive igitur omnes memoratas ingratitudinis causas sive certas ex his sive unam quamlibet parentes in testamento suo inseruerint et scripti heredes nominatam vel nominatas causas vel unam ex his veram esse monstraverint, testamentum suam habere firmitatem decernimus. — Cap. 4. §. 8. Si tales igitur causas vel certas vel unam ex his liberi suis testamentis inscripserint, et scripti ab eisdem heredes aut omnes aut certas aut unam ex his probaverint, testamentum in sua firmitate manere praecipimus. Vgl. §. 598. Anm. 1. — Diese Vorschrift über ausdrückliche Angabe und Beweis des Enterbungsgrundes ist auch auf den Fall zu beziehen, wenn dem Notherben letztwillig der Pflichttheil verkürzt wird. Wenn aber derselbe auf weniger als den Pflichttheil eingesetzt und in Ansehung des Uebrigen auch ohne Angabe eines wahren Enterbungsgrundes

ausdrücklich ausgeschlossen ist, so hat er immer nur ein Recht auf Ergänzung des Pflichttheils, nicht, wie Puchta §. 493. not. n. behauptet, das Recht der Anfechtung des Testaments. Arndts im Rtslex. VIII. S. 137. — Wird ein Rechtsgeschäft unter Lebenden wegen Verletzung des Pflichttheils angefochten (§. 597.), so kommt es nur auf das Daseyn eines Enterbungsgrundes an, welches der Gegner zu beweisen hat.

2 Der Enterbung als erklärter Ausschließung einer Person von der Erbfolge bedurfte es nach älterem Rechte nur in Ansehung der sui heredes und der ihnen im prätorischen Erbrecht gleichgestellten Descendenten (liberi). Diese Exheredatio aber war formell sehr strenge bestimmt, und jeder Verstoß dagegen bedrohte die Gültigkeit des Testaments. Vgl. Arndts, Art. Enterbung, im Rtslex. III. S. 884. fg. Nach der Nov. 115., nach welcher nun die Enterbung ein in weiterem Umfang bedeutender Begriff geworden, kommen jene formellen Erfordernisse nicht mehr in Betracht. Es kommt nur darauf an, ob der Erblasser den Willen, daß der Notherbe wegen eines bestimmten Enterbungsgrundes von der Erbfolge ausgeschlossen seyn solle, deutlich an den Tag gelegt habe. Doch sind die Ansichten auch hierüber verschieden; namentlich sind auch Anhänger des sog. Derogations- oder Reformsystems (§. 598. Anm.), z. B. Puchta §. 493., wohl der Meinung, daß nun die Erfordernisse gültiger Enterbung wie Einsetzung der sui heredes und emancipirten Kinder bezüglich aller pflichttheilsberechtigten Descendenten und Ascendenten zu beobachten seyen. Dagegen Bluntschli S. 245. fg. Francke S. 361. 397. fg. Arndts im Rtslex. VIII. S. 121. 144. fg. Seuffert §. 655. not. 1.

§. 603.

3) Enterbung in wohlmeinender Absicht.

Eine eigenthümliche Ausnahme von der Regel bildet der Fall, wenn der Erblasser durch die Ausschließung eines Notherben für das Beste desselben und seiner Familie zu sorgen, insbesondere z. B. ihrer Verarmung durch zu befürchtende Verschleuderung des Vermögens vorzubeugen beabsichtigt. Eine solche sog. exheredatio bona mente facta ist zuläßig und rechtsgültig, wenn es auch an den Erfordernissen der §§. 601. 602. fehlt, vorausgesetzt nur, daß der Grund der Ausschließung vom Erblasser ausdrücklich angeführt und dessen wirklich wohlmeinende Absicht unzweifelhaft sey.

Anm. Vgl. a) L. 18. D. de lib. et post. 28. 2. Multi non notae causa exheredant filios nec ut eis obsint, sed ut eis consulant, utputa impuberibus, eisque fideicommissam hereditatem dant. L. 12. §. 2. D. de bon. lib. 38. 2. Si quis non mala mente parentis exheredatus sit . . . utputa pone furoris causa exheredatum eum, vel ideo, quia impubes erat, heredemque institutum rogatum ei restituere hereditatem. cf. L. 16. §. 2. D. de cur. fur. 27. 10. b) L. 25. Cod. de inoff. test. 3. 38. Filiis matrem, quae de mariti moribus secus suspicatur, ita posse consulere

iure compertum est, ut eos sub hac conditione instituat heredes, *si a patre emancipati fuerint*... neque ei nomine filiorum inofficiosi eo modo actionem posse competere, quibus nullam iniuriam fecerit mater, sed potius putaverit providendum. c) L. 16. D. de b. p. c. t. 37. 4. Si emancipatus filius nepoti in potestate avi relicto ab extraneo herede fideicommissam hereditatem, si liberatus avi potestate fuisset, reliquisset, si suspectus avus sit, quasi consumturus bona nepotis, non esse ei dandam bonorum possessionem (contra tabulas). „In diesen verschiedenen Stellen ist unläugbar der Gedanke anerkannt, daß eine auf das wahre Beste des Notherben abzweckende testamentarische Verfügung, wenn gleich sie sonst der Regel nach eine Verletzung der über die Berücksichtigung der Notherben geltenden Bestimmungen enthalten würde, doch als wirksam aufrecht zu erhalten sey. Da nun die Novelle 115. augenscheinlich diesen Fall gar nicht berücksichtigt, sondern nur die gehässige Enterbung oder Präterition an strengere Bedingungen gebunden haben will, so ist man berechtigt, die Enterbung in guter Absicht auch jetzt noch für zuläſſig zu halten, wenn gleich keiner von den gesetzlichen Enterbungsgründen vorliegt." Arndts im Rtslex. III. S. 901. Gleichwohl ist dies von Einigen bestritten; Unterholzner im civ. Arch. II. S. 52. fg. Francke S. 422...444. Vgl. dagegen vorzüglich Mühlenbruch Bd. 37. S. 391...465.

II. Recht der Geschwister.

§. 604.

Vollbürtige Geschwister und halbbürtige von der Vaterseite, consanguinei, nicht auch uterini, haben Anspruch auf einen Pflichttheil, nach Maßgabe des §. 593...595., wenn eine unehrenhafte Person zum Erben eingesetzt ist [1], vorausgesetzt, daß sie, allein oder mit andern [2], zur Intestaterbfolge berufen wären, wenn kein Testament vorläge, und daß nicht ihre Ausschließung von der Erbschaft durch besondere Gründe gerechtfertigt ist. In Erwägung dieser Gründe sowohl, deren ausdrückliche Angabe im Testament nicht erfordert wird, als in Beurtheilung der Unehrenhaftigkeit der eingesetzten Erben ist dem richterlichen Ermessen keine feste Schranke gesetzt [3]. Als gerechtfertigt ist die Ausschließung der Geschwister jedenfalls dann anzusehen, wenn sie derselbe Tadel trifft, wie die eingesetzten Erben.

Anm. [1] Die Hauptstelle darüber ist L. 27. Cod. de inoff. test. 3. 28. (Constantin. a. 319.). Fratres vel sorores uterini ab inofficiosi actione contra testamentum fratris vel sororis penitus arceantur: consanguinei autem, durante agnatione vel non, contra testamentum fratris sui vel sororis de inofficioso quaestionem movere possunt, si scripti heredes infamiae vel turpitudinis vel levis notae macula adspergantur, vel liberti,

qui perperam et non bene merentes maximisque beneficiis suum patronum adsecuti, instituti sunt, excepto servo necessario herede instituto. Sie ist, mit erheblichen Aenderungen, combinirt aus L. 1. und 3. Theod. Cod. de inoff. test. 2. 19. Bestritten aber ist a) ob den Geschwistern wirklich ein Pflichttheilsrecht, und nicht vielmehr ein Ereptionsrecht wegen Unwürdigkeit der eingesetzten Erben zustehe? Marezoll in Linde's Ztschr. I. S. 185. fg. Vgl. dagegen §. 1. J. h. t. 2. 18. L. 1. D. h. t. 5. 2. L. 21. Cod. h. t. 3. 28. nov. 1. praef. §. 2. b) ob die Erhöhung des Pflichttheils nach nov. 18. cap. 1. auch für Geschwister gelte? vgl. §. 593. c) ob nicht nach nov. 118. cap. 3. auch den uterinis dasselbe Recht beizulegen sey? Dagegen L. 1. D. cit. L. 21. Cod. cit. vgl. mit L. 15. §. 2. Cod. de legit. hered. 6. 58.

2 Anderer Meinung sind viele (z. B. Puchta §. 488. not. g.) für den Fall der Concurrenz mit Ascendenten, welchen als unbedingt Pflichttheilsberechtigten die Geschwister immer nachstehen sollen; allein ein erheblicher Grund dafür ist nirgend angeführt worden; kränkend für die Geschwister ist es auch, wenn neben Ascendenten an ihrer Statt verächtliche Subjecte zu Erben eingesetzt sind. Wenn indessen zugleich Ascendenten gegen Nov. 115. übergangen sind und von ihrem Recht Gebrauch machten, so tritt nun auch für die Geschwister Intestaterbfolge ein. Arndts im Rtslex. VIII. S. 158. fg.

3 L. 5. D. de inoff. test. Verbi *de inofficioso* vis illa est: docere immerentem se et ideo et indigne praeteritum vel etiam exheredatione summotum. Speciell anerkannt sind einige Ausschließungsgründe in nov. 22. cap. 47. pr. (vgl. §. 520. Anm. 2. h.) und in nov. 115. cap. 3. §. 12. 13. (vgl. §. 601. Anm. 2. a.) Die übrigen Enterbungsgründe der nov. 115. können dem richterlichen Ermessen ebenfalls als Anhaltspunkte dienen. Vgl. Seuffert's Arch. VII. 340. 341.

§. 605.

Ist den Geschwistern, bei Einsetzung einer verächtlichen Person nichts hinterlassen, so können sie mit der querela inofficiosi testamenti [1] das Testament anfechten [a], hoc colore quasi non sanae mentis testator fuerit [b]. Sie geht gegen den eingesetzten Erben, nachdem dieser die Erbschaft erworben hat [c], worüber er nach Ablauf von 6 Monaten, wenn beide Parteien in derselben Provinz wohnen, sonst nach einem Jahre zur Erklärung angehalten werden kann [d]; sodann auch gegen dessen Universalsuccessor [e], gegen den Universalfideicommissar, dem jener die Erbschaft restituirt hat [f], gegen den Eripienten [g], und wer sonst anstatt des eingesetzten Erben die zunächst diesem angetragene Erbschaft bekommt [h]. Sie geht,

a L. 27. Cod. h. t. 3. 28. b L. 2. 5. D. h. t. 5. 2. c L. 8. §. 10. D. eod. d L. 36. §. 2. Cod. eod. cf. §. 509. not. 1. e L. 10. Cod. eod. f L. 1. Cod. eod. g arg. L. 10. cit. cf. §. 520. h cf. §. 512.. 514. L. 20. pr. D. de b. p. c. t. 37. 4.

wenn nicht schon angestellt oder doch durch erklärte Annahme der Erbfolge gegen das Testament vorbereitet, auf die Erben nicht über [i], verjährt in 5 Jahren nach Antritt der Erbschaft [k], und wird ausgeschlossen durch Anerkennung des Testaments [l] oder erklärten Verzicht [m], also auch durch Vergleich mit dem eingesetzten Erben [n]. Sind mehrere dazu berechtigt, von denen einer ausfällt, so tritt Anwachsungsrecht für die übrigen ein [o], und wenn die Querel von den zunächst berufenen vollbürtigen Geschwistern nicht angestellt wird oder ohne Erfolg, so können nun die halbbürtigen (durch successio in querelam) dazu gelangen [p].

Der Erfolg der Klage, wenn der Kläger obsiegt [2], besteht darin, daß dem Testament durch das richterliche Urtheil alle Kraft benommen wird, als ob es von einem Unfähigen errichtet wäre [q], also nicht blos Erbeinsetzungen, sondern auch Vermächtnisse und andere Bestimmungen ungültig sind [3], was auch durch die Codicillarclausel nicht abgewendet wird [r]. Es tritt Intestaterbfolge ein, jedoch mit Ausschluß anderer ebenfalls zur Querel berufener Personen, welche diese versäumt oder damit nicht obgesiegt haben [s]. Wenn aber Mehrere zu Erben eingesetzt sind und der Verletzte nur gegen einen derselben klagt oder gewinnt, so wird das Testament auch nur zum Theil rescindirt; es tritt zum Theil testamentarische, zum Theil Intestaterbfolge ein [t], und die nicht theilbaren Verfügungen bleiben ganz gültig [u], insbesondere bleibt auch die im Testament enthaltene Pupillarsubstitution in Kraft bestehen [v]. Die Klage soll aber immer nur gegen die verächtlichen zu Erben eingesetzten Personen Erfolg haben, nicht zugleich gegen andere unbescholtene Erben [w].

Ist den Geschwistern nicht der ganze Pflichttheil, aber doch etwas hinterlassen, so haben sie nur eine Klage auf Ergänzung des Pflichttheils (nach §. 596.) gegen die eingesetzten unehrenhaften Personen, soweit der diesen hinterlassene Erbtheil reicht [1]. Die querela inofficisae donationis und dotis wird den Geschwistern in den Gesetzen nicht beigelegt, nach der herrschenden Meinung

[i] L. 6. §. 2. L. 7. 8. pr. D. h. t. 5. 2. [k] L. 16. 34. in f. 36. §. 2. Cod. eod. cf. L 8. §. 17. L. 9. D. eod. L. 2. Cod. in quib. caus. i. i. r. 2. 41. [l] L. 8. §. 10. L. 31. §. 3. 4. L. 32. pr. D. h. t. 5. 2. [m] L. 17. pr. D. h. t. L. 34. Cod. h. t. [n] L. 35. §. 1. Cod. eod. [o] L. 17. pr. L. 23. §. 2. D. h. t. [p] L. 31. pr. eod. [q] L. 8. §. 16. L. 17. §. 1. L. 28. in f. eod. [r] L. 13. eod. [s] cf. L. 8. §. 8. L. 19. eod. L. 16. pr. 17. pr. 23. §. 2. eod. (not. o.). [t] L. 15. §. 2. L. 25. §. 1. eod. cf. §. 470. Anm. 2. [u] L. 13. Cod. h. t. 3. 28. [v] L. 8. §. 5. D. h. t. [w] L. 24. eod. cf. L. 27. Cod. eod. §. 1. J. h. t. 2. 18.

aber gleichwohl denselben eingeräumt, wenn die den Pflichttheil verletzende Freigebigkeit gegen eine verächtliche Person geübt worden ist.

Anm. [1] Diese Klage war vor der Nov. 115. noch praktisch wichtiger, weil sie das Rechtsmittel auch der Kinder und Aeltern gegen Entziehung des Pflichttheils war; nach jenem Gesetz hat die ausgebildete Theorie derselben nur noch eine sehr beschränkte praktische Bedeutung und sind manche dieselbe betreffende Rechtsätze ganz weggefallen. Vgl. darüber Vang. §. 478...481. Arndts im Rtslex. VIII. S. 97...103. 159. fg.

[2] Der Verlust des Rechtstreites zieht dagegen für den Kläger Verlust des ihm Hinterlassenen an den Fiscus nach sich. L. 8. §. 14. D. h. t. vgl. §. 520. Anm. 1. e. Diese Bestimmung ist jedoch von keiner Erheblichkeit mehr, wenn der Berechtigte, dem wenigstens Etwas hinterlassen ist, überall kein Recht mehr zur querela inofficiosi testamenti hat. vgl. Anm. 4.

[3] Daher können auch die Vermächtnißnehmer gegen das ungünstige Urtheil Appellation einlegen. L. 29. pr. D. h. t. L. 14. pr. D. de appellat. 49. 1. Ist es aber blos in contumaciam des Beklagten ergangen, so ist es gegen Andere nicht wirksam. L. 14. § 1. D. l c. L. 17. §. 1. D. h. t. — Wesentlich abweichend lehrt Puchta §. 494. „Der Geschwister wird in der Nov. 115. nicht gedacht, für sie gilt daher noch das alte Recht, nur kann auch ihre Querel lediglich die Rescission der Einsetzung zur Folge haben. Denn es wäre widersinnig anzunehmen, daß die Ausschließung der entfernteren und nicht einmal absoluten Notherben eine härtere Folge haben sollte, als die der nähern und absoluten." Aber: „diese Argumentation kann, als unzulässige Berichtigung der Gedanken des Gesetzgebers, nicht gebilligt werden." Seuffert §. 663. not. 9. vgl. Arndts a. a. O. S. 160.

[4] Streitig ist, ob nicht nach L. 30. pr. Cod. h. t. die querela inofficiosi testamenti auch dann stattfinde, wenn den Berechtigten etwas, aber weniger als der Pflichttheil hinterlassen ist, mit der ausdrücklichen Erklärung, daß er mehr nicht erhalten solle und zu erhalten verdiene? Puchta §. 490. not. n. Dagegen Francke S. 340. Mühlenbruch Bd. 36. S. 19.

§. 606.

III. Recht der dürftigen Wittwe.

Der Theil des Nachlasses, welcher nach §. 481. der armen Wittwe zukommt, soll dieser auch durch letztwillige Verfügung nicht entzogen oder geschmälert werden. Mag ihr nun weniger als das Gebührende oder gar nichts hinterlassen seyn, sie kann immer die Entrichtung des ihrem gesetzlichen Erbtheil entsprechenden Vermögensbetrages als eines durch das Gesetz ihr gewährten Vermächtnisses mittels persönlicher Klage gegen die eingesetzten Erben erwirken. Wird aber durch einen andern Notherben die Intestat-

erbfolge herbeigeführt, so tritt auch sie als gesetzliche Erbin ein, sofern sie nicht durch andere noch rechtbeständige Verfügung befriedigt ist.

§. 607.

IV. Recht des unmündig Arrogirten.

Demjenigen, der als unmündiges Kind von einem Andern arrogirt wird, ist durch Antoninus Pius ein gesetzlicher Anspruch auf ein Viertheil des Nachlasses des Arrogators beigelegt, für den Fall, daß er durch dessen letzten Willen oder durch Emancipation, wenn diese nicht aus richterlich geprüfter und gebilligter Ursache geschehen, von der Erbschaft desselben ausgeschlossen oder auf weniger als jenes Viertheil beschränkt würde [a]. Er kann das Recht darauf als Forderung an die Erbschaft geltend machen [b], wird aber doch gleich einem Miterben behandelt [c]. Im Fall einer zur Verkürzung seiner Quarta vorgenommenen Veräußerung kann er die Empfänger, so weit sie noch etwas davon haben, auf Herausgabe oder auf Ergänzung seiner Quart belangen, mit der actio quasi Faviana oder quasi Calvisiana [1], je nachdem der Arrogator mit oder ohne Testament gestorben ist [d]. Wenn übrigens der Arrogirte zur Zeit des Todes des Arrogators noch in dessen Gewalt sich befand, oder, obwohl emancipirt, doch als leiblicher Descendent zu dessen Intestaterben gehört, so kann er auch das Recht eines Notherben nach §. 593...603., soweit es ihm vortheilhafter ist, in seinem ganzen Umfange geltend machen [2], nur nicht die Quarta und außerdem noch von dem übrigen Vermögen den Pflichttheil als Descendent begehren [e].

Anm. 1 Diese beiden Klagen sind eingeführt zum Schutze der patronatischen Erbansprüche gegen Beeinträchtigung durch Veräußerungen des Freigelassenen und nur analog auf obigen Fall ausgedehnt.

2 Mit Unrecht wollen Manche dem impubes arrogatus das gewöhnliche Notherbenrecht eines Descendenten im Verhältniß zum Arrogator schlechthin absprechen; Francke a. a. O. S. 476. Puchta §. 488. not. d. §. 493., 562., gestützt auf L. 8. §. 15. D. de inoff. test., welche nur die querela inofficiosi testamenti versagt, weil nach dem Recht der Digesten ohnehin die quarta Divi Pii jedenfalls dem Pflichttheil wenigstens gleichkam, also die immer nur subsidiäre

a § 3. J. de adopt. 1. 11. L. 22. pr. D. de adopt. 1. 7. L. 2. Cod. eod. 8. 48. cf. §. 424. not. h. b L. 8. §. 15. D. de inoff. test. 5. 2. L. 1. §. 21. D. de collat. 37. 6. c L. 2. §. 1. D. fam. erc. 10. 2. d L. 13. D. si quid in fraudem patroni factum sit. 38. 5. e arg. L. 8. §. 15. D. de inoff. test. 5. 2.

Querel entbehrlich machte. Vgl. Vang. §. 252. Arndts a. a. O. S. 161. fg. Sint. §. 139. not. 45. — Streitig ist auch noch, ob die quarta Divi Pii vermöge eines gesetzlichen Enterbungsgrundes entzogen werden könne? Francke S. 474. fg., dagegen Vang. und Arndts a. a. O.; und ob das Recht des Unmündigen über das Alter der Mündigkeit hinaus fortbestehe? Francke S. 473. Dagegen Vang. a. a. O. Sint. §. 139. not. 48.

[3] Nach dem Recht der Digesten gab es noch einen besondern Fall eines Notherbenrechts, eine bonorum possessio contra tabulas, zu Gunsten des Parens Manumissor, analog dem Rechte des Patronus in Ansehung der Erbschaft des Freigelassenen. Dig. si a parente quis manumissus sit. 37. 12. In Nov. 115. wird dieser bonorum poss. c. t. nicht erwähnt. Wenn sie aber auch nicht stillschweigend durch dieses Gesetz aufgehoben ist, so ist sie doch jedenfalls durch die Praxis beseitigt. Vgl. §. 477. Anm. 3.

Viertes Capitel.

Von dem Erwerb erbloser Güter und andern der Erbfolge analogen Fällen.

§. 608.

Wenn ein Verstorbener keinen Erben hat, so fällt sein Vermögen als erbloses Gut, bona vacantia [a], der Regel nach dem Fiscus zu, für welchen dasselbe durch seine Beamten nach vorgängiger Prüfung seines Bestandes erworben wird [b]. Dieses Recht des Fiscus tritt auch dann ein, wenn der Verstorbene nur solche Erben hat, die gesetzlich auf einen Theil der Erbschaft beschränkt sind, in Ansehung nämlich des übrigen Theils [c], so wie in dem Falle, wenn durch Enthaltung eines Suus oder Restitution gegen den Erwerb der Erbschaft die Erblosigkeit herbeigeführt ist [d]. Der Fiscus tritt durch den Erwerb der Güter in die Gesammtheit des Vermögens ein, gleich einem Erben [1]; Verbindlichkeiten wie Rechte [e] gehen auf denselben über; jedoch die ersten freilich mit Beschränkung auf den Bestand der Erbschaft, wenn, wie hier immer geschehen soll, ein gehöriges Inventar errichtet ist [f]. Auch die vom Erblasser angeordneten Vermächtnisse muß er gleich dem Erben [g]

[a] Cod. de bonis vacantibus et de incorporatione. 10. 10. [b] L. 4. 5. Cod. h. t. [c] nov. 89. cap. 12. §. 4. cf. §. 482. [d] L. 2. D. de succ. ed. 38. 9. cf. §. 519. Anm. [e] cf. arg. L. 1. Cod. de donat. int. v. et u. 5. 16. not. l. [f] arg. L. 1. § 1. L. 11. D. de iure fisci. 49. 14. L. 22. Cod. de iure delib. 6. 30. cf. not. n. [g] L. 3. §. 5. D. ad Sc. Trebell. 36. 1. cf. L. 6. §. 3. eod.

entrichten, nicht nur die ihm insbesondere für diesen Fall auferlegt [h] oder für jeden Fall als Intestatvermächtnisse angeordnet sind [2], sondern auch alle, welche der Testamentserbe, durch dessen Ablehnung das Vermögen erblos geworden, hätte entrichten müssen [i], insofern sie nicht auf persönliche Eigenschaften des Beschwerten berechnet sind [k]. Zur Geltendmachung seines Rechts steht dem Fiscus die Erbschaftsklage zu [l]. Durch den Ablauf von vier Jahren jedoch, bevor dem Fiscus die Anzeige von dem erblosen Gute gemacht worden, sind die Besitzer gegen dessen Anspruch gesichert [m]. Veräußert der Fiscus die Erbschaft als Ganzes, so geht sein Recht, wie in andern Fällen, vollständig auf den Erwerber über, und wird jener auch von den Verbindlichkeiten befreit [n].

Anm. [1] Das Recht des Fiscus auf bona vacantia wurde durch die Lex Julia eingeführt. L. 96. §. 1. D. de legat. I. Streitig aber ist, ob der Fiscus in Ansehung derselben wirklich Universalsuccessor oder nicht vielmehr blos privilegirter Occupant und Singularsuccessor sey? Das letzte ist neuerdings namentlich vertheidigt von Blume im Rh. Mus. IV. 6. und Elvers, praktische Arbeiten. Nr. 2. S. 12. fg., das erste u. a. von Buchholtz Abh. Nr. 4. S. 106. fg. Schmidt, de successione fisci ex iure Rom. Jenae 1836. Schröter in Linde's Ztschr. X. 3., mit denen jetzt die Mehrzahl übereinstimmt (arg. not. e. g...i. l. n.); vgl. Vang. §. 564. Ob aber der Fiscus für die Schulden an sich auch über den Bestand der Erbschaft hafte (not. f.), wird auch von einzelnen Anhängern der letzten Ansicht bestritten, z. B. von Roßhirt Erbr. S. 218. fg.

[2] Viele beschränken die Verpflichtung des Fiscus nur auf diese beiden Fälle, läugnen dieselbe bezüglich der in einem destituirten nicht mit der Codicillarclausel versehenen Testamente angeordneten Vermächtnisse. Dagegen Vang. a. a. O. unter Nr. III.

§. 609.

Gewissen Corporationen ist vor dem Fiscus und mit Ausschließung desselben ein Recht auf den erblosen Nachlaß ihrer Mitglieder gegeben, namentlich, abgesehen von mehreren veralteten Fällen [a], 1) dem Regiment, dem der Verstorbene als Soldat angehörte [b], 2) der Kirche in Beziehung auf ihre Geistlichen [c],

[h] L. 114. §. 2. D. de legat. I. cf. §. 542. Anm. 1. [i] L. 96. §. 1. ibid. L. 2. §. 1. D. de aliment. leg. 33. 1. L. 14. D. de iure fisci. 49. 14. cf. §. 1. J. de eo cui lib. causa. 3. 10. L. 4. §. 17. D. de fideicomm. lib. 40. 5. [k] arg. L. un. §. 9. Cod. de cad. toll. 6. 61. [l] L. 20. §. 7. D. de her. pet. 5. 3. [m] L. 1. Cod. de quadriennii praescriptione. 7. 37. cf. L. 18. D. de usucap. 41. 3. [n] L. 1. Cod. de hered. vel act. vend. 4. 39. L. 41. D. de iure fisci. 49. 14. L. 54. pr. D. de her. pet. 5. 3. cf. §. 540.

[a] Cod. de hereditatibus decurionum naviculariorum cohortalium militum et fabricensium. 6. 62. [b] L. 2. Cod. l. c. cf. L. 6. §. 7. in f. D. de iniusto test. 28. 3. [c] L. 20. Cod. de episcop. 1. 3. nov. 132. cap. 13.

sodann nach der Praxis 3) den Armenanstalten in Ansehung der darin verpflegten Personen, und 4) den Universitäten in Ansehung ihrer Mitglieder. Das Rechtsverhältniß dieser Corporationen ist eine Universalsuccession gleich der des Fiscus, und wird von Vielen geradezu als eine subsidiäre Intestaterbfolge aufgeführt. Außerdem ist noch demjenigen, welchem gemeinschaftlich mit dem Verstorbenen vom Regenten eine Schenkung gemacht worden, in Ermangelung von Erben des letzten auch dessen Antheil am Geschenke zugesprochen [d], gleichsam als ein gesetzliches Vermächtniß.

§. 610.

Ein der Erbfolge analoges Verhältniß entsteht noch für diejenigen, welchen die einem Unwürdigen entrissene Erbschaft (oder ein Erbtheil) zufällt [a], es sey der Fiscus oder sonst Jemand, ausgenommen, wenn es derjenige ist, der ohne den Unwürdigen zunächst dazu berufen wäre, in welchem Fall eine wahre Erbfolge stattfindet [b]. Der Eripient wird einem Erben, beziehungsweise Miterben gleichbehandelt, und hat auch gleich diesen eine Universalklage, analog der hereditatis petitio [c].

Ein anderer Fall ist, wenn in Folge eines Verbrechens das Vermögen einer Person ganz oder zum Theil dem Fiscus anheimfällt, Confiscation; dieser haftet auch hier den Gläubigern, aber nicht über den Bestand des Vermögens und nur so lange dasselbe nicht verkauft ist [d]. Das römische Recht gibt aber noch theils wegen Verbrechen, welche diese Folge haben (ausgenommen das Majestätsverbrechen), vor dem Fiscus [e], theils auch wegen gewisser anderer Verbrechen [f] bestimmten Personen ein Recht auf das Vermögen des Verbrechers, welches ganz der Erbfolge analog ist. Indessen sind diese Fälle nach heutigem Strafrecht nicht mehr praktisch.

[d] L. un. Cod. si liberalitatis imperialis socius sine herede decesserit. 10. 14.

[a] L. 16. §. 2. D. de his quae ut indign. 34. 9. cf. nov. 1. cap. 1. (§. 520.) [b] L. 2. §. 47. D. ad Sc. Tertull. 38. 17. [c] L. 20. §. 6. 7. D. de her. pet. 5. 3. §. 531. Anm. 3. [d] Dig. de bonis damnatorum. 48. 20. de bonis eorum, qui ante sententiam vel mortem sibi consciverunt vel accusatorem corruperunt. 48. 21. Cod. de bonis proscriptorum seu damnatorum. 9. 49. de bonis eorum qui mortem sibi consciverunt. 9. 50. [e] nov. 134. cap. 13 [f] nov. 134. cap. 10. nov. 12. cap. 2. 3.

Register.

Die Zahl bezeichnet die Paragraphen mit den dazu gehörigen Anmerkungen; A. die Anmerkungen, wo diese besonders anzuführen waren.

Abdicatio, Verstoßung, 427, A. 2.
Ableugnung im Processe: lis infitiando crescit 98, 252; Folge bei der rei vindicatio 166; der hered. petitio 532; der Klage gegen den Bürgen 355.
Abtretung s. Cession.
Abwesenheit 40; Restitutionsgrund 120; Einfluß bei der Ersitzung 161, 189; bei non usus der Servituten 194; cura absentis 296; Befreiungsgrund bei Vormundschaft 447.
Acceptation 80, 231.
Acceptilatio 267, 357, A. 3.
Accessio, als Eigenthumserwerb 152, 153.
„ possessionis bei Ersitzung 161; bei Klageverjährung 110, A. 4.
Accessionen der Sache 54, 55; bei rei vindicatio 167; bei der dos 401.
„ der Forderungen 253; bei actio emti 302, 303; condictio indebiti 341.
Accidentalia negotii 65.
Accrescenzrecht s. Anwachsungsrecht.
Accusatio suspecti tutoris 450.
Acquisitio civilis, naturalis 144; per universitatem 56; hereditatis 472.
Actio 96 (vergl. condictio).
Actio ad exhibendum 346; als Vorbereitung der rei vind. 152, A. 4 f, 166.
„ adjectitiae qualitatis 247, 248.
„ ad supplendam legitimam 596.
„ adversus publicanos 325.
„ aedilitia 100, 106, 304.
„ aestimatoria 290, vergl. 339.
„ annalis 108, A. 2.
„ aquae pluviae arcendae 331, vergl. 131, A.
„ arbitraria 100, vergl. 219, Fälle 221, 228, 333, 346.
„ arborum furtim caesarum 325.
„ bonae fidei 100, vergl. 217, A. 1.
„ Calvisiana 607, A. 1.
„ civilis 100, 217.
„ commodati 284.
„ communi dividundo 320, beim Pfandrechte Mehrerer 383.
„ conducti 311, 314, 315.
„ confessoria 114, in rem 169, A. 1, 191; — utilis des Emphyteuta und Superficiars 195, 196, 200; des Pfandgläubigers 380.
„ constitutoria 351.
„ contraria 99.
„ damni infecti 328.
„ de dote 410.
„ de effusis vel dejectis 326.

Actio de eo quod certo loco 221, A. 1.
„ de filiatione 437.
„ de in rem verso 247; utilis 248, A. 3.
„ de liberis agnoscendis 437.
„ de mortuo illato 325.
„ de partu agnoscendo 437.
„ de pastu 327.
„ de patria potestate 428.
„ de pauperie 327.
„ de peculio 247, 430; actio rerum amotarum als solche 415.
„ de pecunia constituta 240, 351.
„ de posito et suspenso 326, A. 2.
„ de rationibus distrahendis 459, A. 2.
„ de recepto 289.
„ de statu patrisfamilias 428.
„ de superficie 200; utilis (des Pfandgläubigers) 382.
„ de thesauro 347.
„ de tigno iuncto 152, A. 4 f.
„ depositi 285; privilegium derselben 227, A. 3; sequestraria 287.
„ directa 100, 217.
„ doli 334.
„ duplex 99; die Gränzscheidungsklage als solche 321.
„ emphyteuticaria 198.
„ emti 302 fg.
„ exercitoria 247, 248.
„ ex stipulatu, als Verbalcaution 93; wegen Entwährung 303 (A. 8); gegen den Fidejussor 350; auf Erfüllung des Dotalversprechens 397; auf Rückgabe der Dos 410.
„ ex syndicatu 338.
„ ex testamento 558.
„ extraordinaria 100.
„ familiae erciscundae 527, 320, als actio mixta 97, A. 5.
Actio famosa 31; Unstatthaftigkeit unter Ehegatten 393 und gegen die Eltern 437.
„ Faviana 607, A. 1.
„ finium regundorum 321; als mixta 97, A. 5; des Pfandgläubigers 380.
„ funeraria 299.
„ furti 323; des Pfandgläubigers 380; adversus nautas etc. 289.
„ generalis s. de universitate 97.
„ honoraria 100, 217.
„ hypothecaria 378.
„ in factum 100. Fälle 104, A. 1, 228, A. 1, 289, 299, 324, 328, 335, 336.
„ in personam 97, 217.
„ in rem 97.
„ in rem scripta 97, 333, A. 2.
„ iniuriarum 339; wegen unbefugter Prohibition 329, A. 3.
„ institoria 247, 248.
„ institutoria 360.
„ judicati 116.
„ iurisiurandi 269.
„ legati 558.
„ legis Aquiliae 324; des Pfandgläubigers 380.
„ legis Corneliae 339.
„ litigiosa 113, A. 4 b.
„ locati 312; bei Dienstmiethe 314; Verdingungsvertrag 315.
„ mandata 255.
„ mandati 291 fg.; bei Verbürgung 356; wegen Verwendungen auf die Dos 408.
„ mixta in dreierlei Bedeutung 97, A. 5, 98, 99.
„ nata 107 (A. 1).
„ negatoria 169; utilis des Emphyteuten 196, des Pfandgläubigers 380.
„ negotiorum gestorum directa 297; contraria 298, vergl.

248, A. 3; des Bürgen 356; des Ehemannes 408.
Actio noxalis 327.
„ oneris aversi 315, A. 3.
„ ordinaria 100.
„ Pauliana 228.
„ perpetua 106.
„ pigneratitia in personam 288; in rem 378.
„ poenalis 98; heutiges Recht 322.
„ popularis 100; vergl. 31, 104, A. 1, 108, A. 2, 326, A. 2.
„ praeiudicialis 97; de patria potestate 428.
„ praescriptis verbis 235; der Aerzte, Advocaten u. s. w., auch Mäkler 314, A.; auf Rückgabe der Dos 410.
„ praetoria 100; Verjährung 106.
„ privata 100.
„ prohibitoria 169, A. 1.
„ pro socio 318, 319.
„ protutelae 461.
„ Publiciana 170, bei Servituten 191, Emphyteusis 196, Superficies 200, in pfandrechtlichen Verhältnissen 371, 375, 378.
„ quanti minoris 304.
„ quasi Calvisiana und Faviana 607.
„ quasi institoria 248.
„ quasi Publiciana 191.
„ quas. Serviana 378.
„ quod jussu 247.
„ quod metus causa 237, 252, 333.
„ redhibitoria 304.
„ rei persecutoria 98, 322; wegen Entwendung unter Ehegatten 415.
„ rei uxoriae 410, A. 2.
„ rerum amotarum 415.
„ rescissoria, bei unmäßiger Schenkung 81, A. 2; bei restitutio in integrum 123; bei Intercession der Frauen 360.
Actio restitutoria 360.
„ sepulcri violati 104, 325.
„ servi corrupti 337.
„ Serviana 378.
„ specialis in rem 97.
„ spolii 173, A. 2.
„ stricti iuris 100, 203, 280, 303.
„ temporalis 106.
„ tributoria 247, 436.
„ tutelae 459, subsidiaria 462.
„ utilis 100.
„ vectigalis 196, utilis 382.
„ venditi 302.
„ viae receptae (rejectae) 325.
„ vi bonorum raptorum 328, A. 3.
„ vindictam spirans, unvererblich 104, unübertragbar 258, A. 2.
Actus (Servitut) 186.
Actus legitimi 63, 68, A. 1.
Addictio in diem 249; beim Kauf 306.
Ademtio legati 551.
Adjectus solutionis causa 261.
Aditio hereditatis 506 fg.
Adjudicatio 320, 97, A. 6; des Eigenthums 146, von Servituten 188, des Pfandrechts 372.
Adjunctio 152.
Administratio des procurator omnium bonorum 77; des Vormundes 453 fg.
Adoptio 422 fg.; minus plena 425, durch eine Frau 438; als Grund der min. c. dem. 28.
Adoptivverwandtschaft 425; Successionsgrund 475.
Adprommissor 350, A. 1.
Adulterini, Alimentation 348, A. 2. Intestaterbrecht 476, A. 1.
Adventitia bona 432 ff.; dos 405.
Aedilitium edictum 304.
Aestimatio 206, als Modifikation der Erfüllung 222.

Aestimatio venditionis oder taxationis gratia 398.
Affektationsinteresse 202, A. 3.
Affinitas 38.
Affirmatores 460.
Afterbürge 354, 357.
Aftermiethe 310, 312.
Afterpfand 367, 374, 382.
Ager desertus 154, A. 3.
Ager vectigalis 196.
Agnaten 28, A. 4, 38; berechtigt zur Vormundschaft 444, A. 1, 445, A.; zur Erbfolge 474.
Agnition der bon. poss. 508, A. 1. 2., 509, A. 1.
Aleatorischer Vertrag 236.
Alienatio 57; in fraudem creditorum 228; judicii mutandi causa 335, vergl. Veräußerung.
Alieni juris 28.
Alimente, Vermächtniß derselben 573; dessen Aufhebung durch Vergleich 269.
Alimentationspflicht 348.
Alluvion 153.
Alter der Menschen 36, 423, 447.
" der Pfandrechte 384.
Alternative Obligationen 203; ihre Kompensation 264, A. 7.; Novation 268, A. 5.; Veränderung durch Rechtsstreit 271.
Alternative Vermächtnisse 579.
Altersvormundschaft 440, 441, 448, 449.
Alterum tantum, bei Zinsen 209, bei Interessenschätzung 206.
Alumnus 438.
Alveus relictus 153.
A momento ad momentum 89.
Amt, als Quelle einer Obligation 298, 338; Verantwortlichkeit des Beamten für einen Rath 291, A. 2. — Amt des Vormundes 447, des Obervormundes 462.
Analogie 14.
Anatocismus 209.
Anfangstermin 73.
Anfechtbarkeit 79.
Animus domini 135, donandi 80 ff.; injuriandi 339, novandi 268, possidendi 135, 187.
Annahme an Zahlungsstatt 222.
Annus continuus, utilis 89, 90, 106, 108, 172, 173, 228, 247, 304, 323, 336, 509.
Annuum legatum 572.
Anstandsbrief 223.
Anstellung des Vormundes 448.
Antichresis 381.
Antinomie 13.
Antretung der Erbschaft 506 fg., als Quasikontrakt 242.
Anwachsungsrecht, bei der Erbschaft 517, 518; bei Vermächtnissen 556.
Anweisung, Assignation 295.
Apocha 262.
Apostaten 34, ihre Erbunfähigkeit 471, A. 2.
Apprehension 139.
Aquaeductus und Aquaehaustus 186; Schutz ihres Besitzes 192.
Aquiliana stipulatio 267, A. 1.
Arbiter 270.
Arbitrium, bei Obligationen 203, bei letztwilligen Dispositionen 491.
Argumentum a contrario 7, 8.
Arrest, als Sicherung der Rechte 93.
Arrha 240, 249.
Arrogatio 28, 422, 435, 607.
Arrogatus impubes 607.
Arzt, Vergeltung seiner Dienstleistungen 314, A.
As 494, A. 2.
Ascendenten 38; Erbrecht derselben 474, 477; Notherbenrecht 592 ff.
Assignation, Anweisung 295.
Auction 231, A. 4.
Auctor 56; laudatio auctoris 166.
Auctoritas tutoris 440, 452, vergl. 59, 230.
Aufhebung der Klagen und Einreden

103 ff.; der dinglichen Rechte im Allgemeinen 128; der Obligationen 260 fg.; juristischer Personen 45: s. im Uebrigen die einzelnen Rechte und Rechtsverhältnisse.
Aufkündigung, des Mandats 294, der Gesellschaft 319, der Miethe 313, A. 2, 3.
Auflage, s. modus.
Auftrag, Mandat 291 ff.; Creditauftrag 352; Auftrag des Vaters (actio quod jussu) 247, 248, A. 2.
Auslegung der Gesetze 6 ff.
" der Rechtsgeschäfte 75.
Ausspielgeschäft 236.
Aussteuer 398.
Ausübung der Rechte 92; der Obligationen 218, verpfändeter 382; der Sachenrechte 129, vergl. Besitz.
Authentica 2, A. 4; *sacramenta puberum* 119, 240; *si qua mulier* 363.
Aversio 300.
Avulsio 152.

Bauen, inaedificatio, als Erwerbart 152.
Bausch und Bogen, Art des Kaufs, 300, A. 4.
Beamte, als Geschäftsführer 296, ihre Verantwortlichkeit für einen Rath 291, A. 2.
Bedingung, Arten und allgemeine Grundsätze 66—72: insbesondere bei Eigenthumsübertragung 145; bei Obligationen 203, 211, 249, 272; bei der Bürgschaft 350, 351; beim Pfandrechte 371, 384; bei der Vormundschaft 444, 450; bei der Erbeseinsetzung 495, 589; bei Vermächtnissen 548.
Beerdigung, Verpflichtung dazu und zur Erstattung der Kosten 299; privilegium der Kosten 227, A. 3.; unberechtigte 325.
Befreiung des Schuldners 260 fg.; des Korrealschuldners 213.
" von Vormundschaften 447, 450.
Begnadigung (restitutio famae) 31; vgl. 117, A. 4.
Beneficia iuris 23.
Beneficium abstinendi 511; authenticae *si qua mulier* 363, A.; causae 23; cedendarum actionum 355; cessionis bonorum 244; competentiae 225; dationis in solutum 222; deliberandi 509; divisionis 215, 355, vergl. 273; ejurationis bonae copiae 224, A.; excussionis, bei Bürgschaften 355, 357, A. 2, beim Pfandrechte 378; inventarii 523; ordinis 357; personae 23; separationis 524.
Bereicherung, als Verpflichtungsgrund für Handlungsunfähige 230, *vgl. 457*; für den Geschäftsherrn 298, A. 2, 3.
Berufspflicht, Verletzung derselben 338.
Beschädigung 324 ff., vergl. damnum.
Beschränkungen des Eigenthums 131, 132.
Besitz, überhaupt 129; im engern Sinne (Eigenthumsbesitz und abgeleiteter), Begriffsentwickelung, Arten, 135—138; Erwerb 139—141; Verlust 142, 143; Schutz 170—173; der Dienstbarkeiten 187; Schutz 192; der Emphyteusis und Superficies 195; Schutz 196, 200, vergl. auch possessio.
Besitzeinweisung s. missio in possessionem.
Betrug 62, bei Verträgen 237, beim Vergleiche 269; bei Theilung 320; der intercedirenden Frau 361, *362*; als Restitutionsgrund 121; actio doli 334.
Beweis, Beweislast, Beweisführung 114, 115; Beweis des Todes 26, 27; der Unvordenklichkeit 91; der

Erſitzung 160; des Eigenthums 166; bei der negatoria actio 169; der Erfüllung 234, 262; in Betreff der lex Anastasiana 259, 261; des Darlehens 281; der illatio dotis 410; der patria potestas 428; in Betreff der Veräußerung von Mündelgütern 457; des Erbrechts 532; der ademtio legati 557.
Biennium luitionis beim Pfandverkaufe 376.
Binubus 417.
Bissextus, Schalttag 88.
Blinde 37; ihr Teſtament 487; als Teſtamentszeugen 486, A. 4.
Blödſinnige 37, 59, 440.
Bodenzins 200.
Bona, adventitia 432—434; castrensia vel quasi 431; damnatorum 610; ereptoria 520; materna et materni generis 429; parapherna; deren Pfandrecht 373, A. 2 g; profectitia 430; receptitia 412; vacantia 608, 609, aufgehobener Corporationen 45. — S. auch Peculium.
Bona fides, bei der Klageverjährung 109; Erſitzung des Eigenthums 160, 164; der Dienſtbarkeiten 189; der Emphyteuſe 198, Verjährung des Pfandrechts 390; bei Specifikation 155; als Grund des Fruchterwerbes 156; des Beklagten 167, 168, 532.
Bonae fidei possessor 136, 156, 160, 170, 191, 371, 532.
Bonitariſches Eigenthum 134.
Bonorum possessio, Begriff, Urſprung, Arten 466 fg., 480, A. 1; intestati 474; ex Carboniano edicto 537; secundum tabulas 470, 539; contra tabulas 598, A. 2; ventris nomine 536.
Boten 245.
Brautgeſchenke 413.
Brautgabe, Brautſchatz 395, vergl. dos.
Brautkinder 476, A. 3.
Brevi manu traditio 139, 145.
Bundesgeſetze 4, A. 2.
Bürgerrecht 28.
Bürge, Bürgſchaft 349; Formen der Bürgſchaft nach römiſchem und heutigem Rechte 350 fg.; Wirkungen 354 fg.; Aufhebung 357; Beſchränkungen 358 fg.; Verhältniß des Bürgen zum Pfandbeſitzer 378, A. 3; Bürgſchaft als Sicherungsmittel 93.

Calumnia 31, 336.
Canon bei der Emphyteuſe 196, 197, 199.
Canoniſches Recht 3, 11.
Canoniſche Teſtamentsform 490.
Capacitas des Erben 492, 506.
Capitis deminutio 28; ob minima ein Reſtitutionsgrund? 119, A. 1, 121, A. 2; ſonſtige veraltete Folgen 137, 194, 319, 426, 433.
Captatoriſche Bedingungen 68, A. 2; 491, A. 3.
Carbonianum edictum 537.
Caſtraten 371, 423.
Casus 85; bei Obligationen 253, 274, A. 1.
Catonianiſche Regel 550.
Caupones 289.
Causa: omnis 167; rei (commodum) 253; falsa bei Teſtamenten 491, A. 1; obligandi 233; traditionis 145.
Cautela Socini 595, A. 2.
Cautio (Sicherheitsleiſtung) 93; damni infecti 328; beſondere Fälle der Verpflichtung dazu 192, 347; de damno praeterito 328; de demoliendo 330; de non amplius turbando, bei actio negatoria 169, confessoria 191, interdictum retin. poss. 172; c. legatorum servandorum causa 559; Muciana 558; vergl. 495, A. 3; de rato 330; usufructuaria 180; quasi usufructuaria 181; bei der Arrogatio 424; bei der Vormundſchaft 448, 462.

Cautio als Schuldurkunde 93, 233.
Centesimae usurae 208, A. 2.
Cession: der Klagen 112; der Forderungen 254 fg.; voluntaria et necessaria 255, A. 2; der actio litigiosa 113, A. 4 h, 258; der Pfandforderung 374, 378.
Cessio bonorum 224.
Chyrographargläubiger, ihre Rechte im Concurse 227.
Clausula generalis 120.
Codicill 545 fg.
Codicillarklausel 546; vergl. 79, A. 6.
Cognaten 38; vergl. 425, 427; Recht zur Vormundschaft 444; Stellung im Erbrechte 474.
Collateralen 38.
Collation 528 fg.
Collegatare 544; ihr Anwachsungsrecht 556.
Collegium 44, A. 2.
Collision: der Rechte 92; der Forderungen 226 fg.; der Pfandrechte 383 fg.
Colonus 309, A.
Colonia partiaria 312, A. 1.
Commissa 147.
Commixtio 151.
Commodatum 282, A. 3, 284.
Commodum rei 253; beim Kauf 302; repraesentationis s. temporis 220, A. 1, 228.
Communio 320.
Compensation 264 fg., 357.
Competenz 225.
Compromiß 270, 359
Computatio graduum 38; temporis 89.
Concubinat 393, A. 1, 421; als Grund des Erbrechts 482; als Beschränkung der Erbfähigkeit 492.
Concuratores 458.
Concurrenz der Klagen 105, 247.
Concurs der Gläubiger 226 fg.
Concursus causarum lucrativarum 276.
Condictio 100, 340; de bene depensis 280, A. 3; causa data causa non secuta 342; certi, incerti 340, A. 1; ex lege 340, A. 1; ex lege 35; Cod. de donat. 279; ex mutuo 280; furtiva 323, vergl. 415; indebiti 341; Juventiana 280, A. 1; ob causam datorum 342; ob injustam causam 344; ob turpem causam 343; sine causa 345; triticaria 340; A. 1.
Conditio s. Bedingung.
Condominium 133.
Conductio 310 fg.
Confirmation der Vormünder 444, 448.
Confiscation 610, vergl. 319.
Confusio als Erwerbart 151; als Erlöschungsgrund der Servituten 194, der Emphyteuse 199, der Superficies 200, des Pfandrechts 389, der Obligationen 273, 357.
Confusio bonorum bei Beerbung 521.
Conjecturalkritik 9.
Coniuncti 556.
Coniux binubus 417.
Consanguineus 38, A. 3.
Consensualcontracte 232, A. 3.
Consensus contrarius 267.
" curatoris 59, 452.
Consilium, Rath, sein Verhältniß zum Mandat, 291, A. 2.
Consolidatio 194.
Constitutum debiti 240; debiti alieni 351, 353.
" possessorium 140.
Contractus: im Gegensatz zum pactum 232, A. 3; aestimatorius 290; emphyteuticarius 198; mohatrae 280, A. 3; pigneratitius 288; socidae 312, A. 2; vergl. Vertrag.
Contradictor im Concurse 226.
Contremandiren 295.
Contutores 458.
Convalescenz ungültiger Rechtsgeschäfte 79; der Pfandbestellung 371, 384;

der Schenkungen unter Ehegatten 414; der Schenkung des Vaters 430.
Conventionalpfandrecht 371.
Conventionalstrafe 211; bei Compromiß 270.
Conventioneller Eid 269.
Conversion eines Rechtsgeschäftes 79.
Corporation 42 fg.
Correalobligationen 213 fg.; culpa und mora eines Gesammtschuldners 250, 251; Nachlaßvertrag 267; Einfluß von Litiscontestatio und Urtheil 271; Verjährung 277, A. 2; Unterschied von der Bürgschaft 349, 350.
Creditauftrag 295.
Cridar 226.
Crimen expilatae hereditatis 323, A. 4.
Culpa 85, 86; als Aenderungsgrund bestehender Obligationen 250.
Cultur mit der Folge des Eigenthumserwerbs 154, A. 3.
Cura, curator bonorum: absentis, hereditatis iacentis, ventris nomine, ex Carboniano edicto 296.
„ personarum 440 fg.
Curatorium 448.
Curswerth der Münzen 205, A. 1.
Custodia, im Unterschiede von administratio, 77: diligentia in custodiendo 86.

Damnum 118; emergens 206; infectum 328; injuria datum 324; in turba datum 325.
Darlehn 280 fg.
Datio in solutum 222, 357, A. 3.
Debitum legatum 576.
Decretum Divi Marci 94.
„ secundum 93, 328.
Deductio oder exceptio servitutis 188.
Defensio (als Intercession) 173.
Dejection 174.
Delation des Eides 115; des Erbrechts 470; der Vormundschaft 444 fg.
Delegation 254, 268; durch Litiscontestation 271, A. 3.
Deliberationsfrist des Erben 509.
Delikt 84, 85; Entstehungsgrund von Obligationen 243; einzelne Obligationen ex delicto und quasi ex delicto 322 fg.
Dementes 37, 59.
Deposition an Stelle der Zahlung 261.
Depositum 285 ff.; vergl. 232, A. 3.
Dereliction 154; der Servituten 193, A. 2.
Derogations- und Corrections-System 598, A.
Descendenten 38; Intestaterben 477; Notherben 592 fg.
Detention 135, 136.
Diebstahl 323.
Dienstbarkeiten s. Servituten.
Dienstmiethe 309; im engern Sinne 314.
Dienstvergütung ohne Zusage 314, A.
Dies als Zeittheil 88; dies utiles 90.
Dies als Zeitbestimmung 73; (dies cedit, venit 73, A. 2); bei Obligationen 220; bei Vermächtnissen 554.
Dies interpellet pro homine 251, A. 6.
Diligentia 86, 250.
Dilucida intervalla 59.
Dingliche Rechte 22, 126 fg.
Dissensus mutuus 267, 307.
Distractio bonorum 228; pignoris 375.
Diviso parentum inter liberos 489.
Dolus 62, A. 6, 85; Restitutionsgrund 121; bei Abschließung von Verträgen 237; des Obligirten 250; actio doli 334.
Domicilium 40.
Dominium 126, 130; civile, naturale 404, A. 1; directum, utile 134, 195, A. 1; dormiens 152, A. 2, 404, A. 1; limitatum, illimitatum 134; revocabile, irrevacabile 134.
Dominus 126; negotii 77, 297; proprietatis 178.
Donatio 80; ante nuptias s. spon-

salitia 413; inofficiosa 597; inter virum et uxorem 414; inter vivos 81; mortis causa 589, 590; omnium bonorum 82; propter nuptias 413; remuneratoria 83; sub modo 83. Vergl. Schenkung.
Dos 395 fg.; Bestellung derselben 397 fg.; durch Vermächtniß 577; Rechte der Eheleute daran 401 fg.; Restitution 405 fg.; Dos adventitia, profectitia 405; aestimata 398; necessaria, voluntaria 396, A. 7; receptitia 405, A. 1; praelegata s. relegata 577, not. c.
Dotalgrundstücke, deren Veräußerung 402; Zeit der Restitution 409.
Dotalklage 410.
Dotalversprechen 397.
Dotationsverbindlichkeit 396.
Dotis datio 398.
Draufgabe 240.
Drohung 61; vergl. metus.
Duplicatio 101.
Duplum 98, 252.
Dupondius 494, A. 5.

Edition 346, A. 4.
Ehe 393 fg.
„ zweite, ihre Folgen, 417, 418.
Ehegatten, Rechte derselben, 393 fg.; Schenkungen unter ihnen 414; Entwendungen 415; Erbrecht derselben 480.
Ehescheidung, ihre vermögensrechtlichen Folgen, 416.
Eheverträge 400.
Ehre, Ehrenminderung 29 fg.
Eid, zur Bestärkung von Versprechen 93, 240; als Beweismittel 115; als Vergleich 269; der Minderjährigen 452, A. 2; der Vormünder 448, 462; vergl. jusjurandum.
Eigenmacht s. Selbsthülfe.
Eigenthum 22, 126, 130; seiner selbst? 24, A. 2; an rebus adjunctis 152, A. 2; an der dos 404, A. 1; s. dominium.
Eigenthumsbeschränkungen 131, 132.
Eigenthumsbesitz 135 fg.
Eigenthumserwerb 144; abgeleiteter 145 fg.; ursprünglicher 149 fg.
Einquartierungslast 311.
Einreden 101; vergl. exceptio.
Eintritt in die Stelle eines andern Pfandgläubigers 388.
Einwilligung s. Consensus.
Eisern Vieh 312, A. 2.
Emancipation 426 fg.
Emblemata Triboniani 8.
Emphyteusis, Emphyteutica 195 ff.
Emtio venditio 232, A. 3, 300 fg.; emtio spei, rei speratae 300, A. 5.
Endtermin (dies ad quem) 73; bei dinglichen Rechten 128; bei Obligationen 272.
Enterbung 601 fg.
Entstehung der juristischen Personen 44; der Obligationen 229 fg.; durch Stellvertreter 245 ff.; des Pfandrechts 371 fg.
Entwährung s. Eviction.
Entwendung 323; unter Ehegatten 415.
Erbantretung 472, 506 fg.
Erbeinsetzung 492 fg.
Erbfähigkeit 471.
Erbfolge, ihr Wesen und ihre Voraussetzungen 464 fg.; Theilung derselben 526.
Erbrecht 463.
Erbschaft s. hereditas.
Erbschaftsklage 531 fg.
Erbtheile 479, 494.
Erbtheilung 527 fg.
Erbtheilungsklage 527.
Erbverträge 470, A. 3.
Ereption, Ereptorium 520.
Erfüllung der Bedingungen 69; der Obligationen 219 fg.; alternativer 274, A. 2.
Erlaß der Forderungen 267; erzwungener theilweiser Erlaß, das., A. 2.

Eröffnung des Testaments 504.
Error facti, juris 62; in corpore 145, A. 1, 238; vergl. Irrthum.
Ersatzklagen 98, 322.
Ersitzung des Eigenthums 157 fg.; der Dienstbarkeiten 189; der Emphyteusis 198; der Superficies 200. Vergl. Usucapio.
Erwerb der Rechte überhaupt 56; des Besitzes 139 fg.; der dinglichen Rechte 127; der Dienstbarkeiten 188 fg.; des Eigenthums 144 fg.; der Emphyteuse 198; der Superficies 200; der Erbschaft 472, 506 fg.; der Früchte 149, 156; des Pfandrechts 370 fg.; der Vermächtnisse 554 fg.
Erwerbgrund, Erwerbtitel 127; bei Usucapio 159.
Erwerbgesellschaft 317.
Erzeugnisse, ihr Erwerb 149; Pfandrecht an denselben 368, 384, A. 6; Eviction derselben 303, A. 2.
Erziehung der Kinder 428, 437; der Mündel 451; bei Wiederverheirathung der Mutter 417.
Essentialia negotii 65.
Eviction, Evictionsleistung, beim Kauf 303, 305; bei andern Rechtsgeschäften 303, A. 1; beim Pfandverkauf 375; bei der dos 404.
Exceptio 101 fg.
„ annua 106.
„ cedendarum actionum 355.
„ compensationis 264 fg.
„ doli 102, 237.
„ dominii 165, 170.
„ excussionis 378, 388.
„ in personam, in rem 102.
„ jurisiurandi 269.
„ litis pendentis 113, A. 3.
„ metus oder quod metus causa 237, 333.
„ non impleti contractus 234.
„ non numeratae dotis 410.
Exceptio non numeratae pecuniae 281.
„ pacti conventi 269, 272.
„ peremtoria und dilatoria, perpetua und temporalis 102, 217.
„ procuratoria 31, A. 2.
„ rei in litem deductae 113, A. 3.
„ rei judicatae 116.
„ rei venditae et traditae 168.
„ Sc. Macedoniani 282.
„ Sc. Vellejani 360.
„ spolii 173, A. 2; 333, A. 3.
„ temporis 111.
„ transactionis 269.
„ vitiosae possessionis 172, A. 2.
„ utilis, in factum 102, 168.
Exceptio oder deductio servitutis 188.
Excusatio tutoris 447; necessaria 442.
Executores testamentarii 504.
Exheredatio 601 fg.; bona mente 603.
Expromissio 268; als Intercession 359.

Factor 247.
Fähigkeit zur Vormundschaft 442.
Fahrlässigkeit 86.
Fahrweg 186, A. 2.
Falcidische Quart 561 fg.
Falsa causa 491, A. 1; falsa demonstratio 491.
Familie, Familienverhältnisse 22, 393 fg.
Familienfideicommiß 549.
Faustpfand 365; an Prädialservituten 367, A. 2; besondere Schutzmittel 380; Pfandvertrag 288.
Feingehalt der Münzen 205, A. 1.
Felddienstbarkeiten 186.
Feldmesser 338.
Ferien 87.
Fictus possessor 167.
Fideicommiß 541, 580.
Fideicommissum ejus, quod super-

erit 583; familiae 549; heredi praesenti injunctum 545, A. 2; hereditatis 541, 580; successivum 549, 588.
Fidejussio, Fideiussor 350 fg.; fidejussoris 354; indemnitatis 355; in rem suam 356; succedaneus 354.
Fides, bona, mala: ihr Einfluß auf den Erfolg der adjunctio und specificatio 152, A. 4, 155; auf die Verpflichtungen des Beklagten im Rechtsstreit überhaupt 113, A. 4; bei der rei vind. 167, 168; bei der her. petitio 533; — bona f. insbesondere, als Voraussetzung des Fruchterwerbs von Seiten des Besitzers 156; der Ersitzung 160, 164, 189, 198; der Publiciana in rem actio 170; der Verjährung der Klagen 109; des Pfandrechts 390; mala f. superveniens 156, A. 3, 160, A. 2.
Fiducia 365, A. 1.
Fiduciar 580.
Filiusfamilias 28; Stellvertreter des Vaters bei Rechtsgeschäften 76; bei dem Erwerbe von Forderungen 246; bei Verpflichtungen 247; Rechtsverhältnisse zu dem Vater im Allgemeinen 428 fg. Vergl. peculium.
Finder des Schatzes 154.
Fiskus 41, 47; Veräußerungen desselben 127.
Flußbett 153.
Foenus nauticum 283; Zinsfuß 209, A. 1, 210, A. 3.
Forderung s. obligatio.
Forderungskauf 259, 300.
Form der Rechtsgeschäfte 64; der Verträge 232; der Testamente 485 fg.; der Vermächtnisse 545.
Frauen, Nachsicht bei error juris 62; Unfähigkeit zum Schiedsrichteramt 270, A. 2; Intercessionen 359 fg.; Unfähigkeit zur Vormundschaft 442.
Frucht (fructus, naturales, civiles; pendentes, separati, percepti, percipiendi) 55.
Fruchterwerb 149, 156.
Fuhrleute, Speditionsgeschäft 315, A. 1, 289, A. 2.
Fundbiebstahl 454, A. 3.
Furcht 61; vergl. metus.
Furiosi 37, 59; Bevormundung 440.
Furtum 323.
Fußsteig 186, A. 2.

Gantverfahren 226.
Gebäudedienstbarkeiten 185.
Gebrauchsrecht (usus) 182.
Gegeneinreden 101.
Geisteskranke 37; Handlungsunfähigkeit derselben 59.
Geistliche, ihre Beerbung 609; Beschränkung ihrer Bürgschaften 358; ihr Pekulium 431; Verbot gewisser Pachtungen 310, A. 2.
Geld 205, A. 1; vertretbar und verbrauchbar 51, 52; Geldzahlung als Gegenstand von Obligationen 205.
Gelübde 241.
Gemeinheiten (universitates) 42 fg.
Gemeinschaft 320; unter mehreren Pfandgläubigern 383; vergl. Societas.
Gemeinschaftliche Testamente 500.
Gemeinschuldner, Cridar, 226.
Genehmigung (ratihabitio) 78; bei Handlungen des Haussohnes 247; des freien Stellvertreters 248; bei der negotiorum gestio 298; der Verpfändung einer fremden Sache Seitens des Eigenthümers 371; Priorität des so begründeten Pfandrechts 384.
Generalhypothek 368; gesetzliche 373, A. 2; der Ehefrau am Vermögen des Mannes 411.
Genus 51; (non perit 274, A. 1); legatum 574.
Gerichtsstand 40.

Gesammteigenthum 134, A.
Gesammtschuld s. Correalobligationen.
Geschäftsführer, Geschäftsführung 43, 77, 291 fg.
Geschlecht 35. Vergl. Frauen.
Gesellschaft s. Societas.
Gesindelohn, sein privilegium 227, A. 3, 5.
Geständniß, confessio 114, A. 1.
Gesundheit 37.
Gewähr der Mängel beim Kauf 304; beim Tausch 308.
Gewagte Geschäfte 236.
Gewalt s. Vis und Potestas.
Gewerbführer, Gewerbherr 247.
Gewohnheitsrecht 4, A. 3.
Gläubiger 201; Concurs derselben 226 fg.; beneficium separationis 524.
Glücksverträge 236.
Gränzscheidung 321.
Großjährigkeit 36.
Grunddienstbarkeiten 177, 183 fg.
Grundzins bei Superficies 200.

Habitatio 182, A. 5, 194, A. 2.
Halbbürtige Verwandtschaft 38, A. 4.
Handelsfrauen, Intercessionen derselben 361, 362.
Handelsgeschäft des Haussohnes 247.
Handgeld, Arrha, 240.
Handlung, als Gegenstand von Rechten 22, 201 fg.; als Entstehungs- und Endigungsgrund von Rechten 58 fg.; unerlaubte 84 fg., 322 fg.
Handlungsfähigkeit 59; bei Verträgen 230.
Hauptsache 54, 152, 368, 406.
Hauptschuld, Hauptforderung, 207, 211, 276, 277, A. 3, 368.
Hauskind s. Filiusfamilias.
Heirathsgut s. Dos.
Hereditas 464; acquisita 506 fg.; delata 473 fg.; fideicommissaria 580 fg.; iacens 465, A. 1; legitima 473 fg.; testamentaria 483 fg.
Hereditatis petitio 531 fg.
Heres 464; fideicommissarius, fiduciarius 580; suus, necessarius 511; voluntarius 506.
Herkunft 40, A. 1.
Herrenlose Sachen 154.
Hinterlegung, des Schuldgegenstandes bei Gericht 261.
Hinterlegungsvertrag, Depositum, 285 fg.
Hochverräther, Erbunfähigkeit ihrer Kinder 471, A. 2.
Hoffnungskauf 300, A. 5.
Honorirter 542, 544.
Hyperocha 375, 388.
Hypotheca 365.

Jactus lapilli, beim interdictum quod vi aut clam 329, A. 2, bei operis novi nunciatio 330, A. 5; jactus mercium levandae navis gratia 316; missilium 145, A. 3.
Jahr s. Annus.
Id quod facere potest 225.
Ignorantia iuris et facti 62.
Illation der Dos 411.
Immemorialverjährung 91.
Immission in den Besitz s. missio in possessionem.
Immixtion des suus heres 511.
Impensae (necessariae, utiles, voluptuariae) des Besitzers 168; des neg. gestor 298; des Verkäufers 302; des Miethers 311; des Ehemannes auf die dos 408.
Impetratio dominii 376.
Impossibilium nulla obligatio 202, A. 2.
Impuberes 36; Handlungsunfähigkeit 59; Vormundschaft 440 fg.
Inaedificatio 152.
Incestuosi, Erbunfähigkeit, 471, A. 2, 476, A. 1.
Incola 40.
Indebitum 341.
In diem addictio 249.

Indignität als Exeptionsgrund für Erbschaften 520; für Vermächtnisse 557.
Indult 223.
Infamie 30 fg.
Infantes, infantia maiores, infantiae proximi und pubertati proximi 36; Handlungsfähigkeit mit oder ohne Vormund 59, 452.
Infirmation, Rescission 79.
Infitiatio, lis infitiando crescit in duplum 98, 252.
In integrum restitutio 117 fg.
In iure cessio der Servituten 179, A. 4; insbesondere an den Eigenthümer 193, A. 1.
Iniuria 339.
Innominatcontracte 332, A. 3, 235.
Inofficiositätssystem 599, A.
Inquilinus 309, A.
In rem versio 247; privilegirtes Pfandrecht 385.
Insinuation der Klagen 113; der Schenkungen 81.
Insolvenz, cessio bonorum 224; Concurs 226 fg.
Institor 247, 248.
Institutio heredis 492 fg.; mystica 493; ex certa re 493, A. 3.
Instrumentum 115; publicum, quasi publicum 362, 386; dotale 410, 421; legatum 567, A. 2, 570.
Insula in flumine nata 153, 179.
Intercession 359 fg.
Interdictum de aqua 192.
" de arboribus caedendis 347.
" de clandestina possessione 173, A. 4.
" de cloacis 192.
" de fonte 192.
" de glande legenda 347.
" de itinere actuque, de itinere reficiendo 192.
" de liberis ducendis et exhibendis 428.
Interdictum de libero homine exhibendo 339, A. 3.
" de migrando 347.
" de opere restituendo 330.
" de precario 173; bei Servituten 192.
" de rivis 192.
" de superficiebus 200.
" de tabulis exhibendis 346, A. 4.
" de thesauro 347.
" de uxore ducenda vel exhibenda 393.
" de vi 173, vergl. 333, A. 3; utile 192.
" demolitorium 330.
" duplex 172.
" fraudatorium 228.
" ne vis fiat ei, qui in possessionem missus est, 93 not. m.
" quod legatorum 562, vergl. 590.
" quod vi aut clam 329.
" quorum bonorum 535.
" Salvianum 379.
" uti possidetis, utrubi 172; utile 192.
Interesse, Erforderniß der Obligationen 202, 276; Gegenstand der Obligationen 206; vergl. 167, 250, 251.
Interpellatio 251.
Interpretation der Rechtsquellen 6 fg., der Rechtsgeschäfte 75.
Interrogatio in iure 114, A. 1.
Interusurium 220.
Intestabiles 484.
Intestaterbfolge 473 fg.
Invecta et illata 373, A. 3, 378, A. 1.
Inventarium, bei der Vormundschaft 448, 462; der Erbschaft 523.
Irrthum 62; bei Tradition 145; bei Eingehung von Verträgen 237 fg.; als Grund der Restitution 121.

Iter 186, A. 2; ad sepulcrum 131, 194, A. 2.
Juden 34.
Judex qui litem suam fecit 338, A. 1.
Judicare pro anima 484, A. 3.
Judicium acceptum 113, A. 2; divisorium 97, A. 3; duplex 98; rescindens, rescissorium 123; supremum 484; vergl. actio.
Jura in re 126.
Jura praediorum 183.
Juramentum s. Jusiurandum.
Juratorische Caution 93.
Juris quasi possessio 129, 187, 195.
Juristischer Besitz 135 fg.
Juristische Personen 41 fg.; ihre Erbfähigkeit 471, 492.
Jus, in iure, 100, 113, A. 2.
Jus abstinendi 511, 519.
„ accrescendi s. Anwachsungsrecht.
„ ad rem 22, A. 5.
„ commune, singulare 23.
„ incolatus 40, A. 1.
„ in rem, in personam 22.
„ offerendi 388; seine Verjährung 390.
„ originis 40, A. 1.
„ poenitendi 235, A.
„ possessionis, possidendi 135.
„ postliminii 127, A. 2.
„ praesens, futurum 21, A. 2.
„ protimiseos 301.
„ tollendi 168, 298, A. 2, 408.
„ vitae ac necis 428.
Jusiurandum, assertorium, promissorium 115.
„ de calumnia, Gefährdeeid, 328, A. 4, 330; vergl. 437.
„ in litem 115, 206.
„ suppletorium, purgatorium 115.
„ Zenonianum 115.
Justa causa bei Tradition 145; bei Ersitzung 159; bei Pollicitatio 241.
Justa, iniusta possessio 136.

Kalender, Kalender-Tag, -Woche, -Monat, -Jahr 88.
Kauf 300 fg.
Kinder vergl. infantes und liberi 137.
Kirche, Restitutionsanspruch 119, Verjährung desselben 122; Ersitzung der ihr gehörigen Sachen 162, A. 1.
Klage s. Actio.
Klageverjährung 106 fg.
Krankheit 37; natürliche Untauglichkeit zur Vormundschaft 442, Befreiung von der Vormundschaft 447, A. 1.
Kritik 9.
Kündigung 107, A. 2; vgl. Aufkündigung.

Laesio enormis, ultra dimidium 307; enormissima 270, A. 3.
Läsion, bei der Restitution, 118.
Laudatio auctoris 166.
Laudemium (Lehenwaare) 197.
Laudum 270.
Laxamentum temporis 455.
Lebensdauer 26.
Lebensfähigkeit 25, A. 3.
Lectio vulgata, Florentina, Haloandrina 9, A. 2.
Legalservitut 131.
Legat s. Vermächtniß.
Legitima hereditas 470, A. 1.
Legitima portio 593.
Legitimae usurae 208.
Legitima tutela 444.
Legitimation 421; vergl. 28.
Leihvertrag 284.
Leistung s. Erfüllung.
Letztwillige Verfügung 63.
Levis nota 30, 32, 604.
Lex Anastasiana 259.
„ Aquilia 85, 324.
„ Atilia 444, A. 2.

Lex Atinia 162, A. 3.
„ Cincia 81, A. 1.
„ commissoria bei Verträgen 249, 306; bei Pfandrechten 376.
„ Cornelia de iniuriis 339.
„ Falcidia 561 fg.
„ Furia und Voconia de legatis 562, A. 1.
„ Furia de sponsu 355, A. 5.
„ Julia de fundo dotali 402, A. 1.
„ Julia de maritandis ordinibus 31, A. 2, 396, A. 1.
„ Julia et Plautia 162.
„ Papia Poppaea 556, A. 1, 2.
„ Rhodia de iactu 316.
„ Scribonia 189, A. 1.
„ Voconia 562, A.
Lex interpellat pro homine 251, A. 5.
Liberatio legata 576.
Liberatorische Verträge 267.
Liberi und servi 28.
Liberi (Kinder) eheliche und uneheliche 39; Alimentationsverbindlichkeit 348; Erbrecht der unehelichen Kinder 476; Legitimation 421.
Licitation s. Versteigerung.
Liedlohn, Gesindelohn, im Concurse 227, A. 3, 5.
Linea ascendens, descendens, transversa 38.
Liquidität bei Compensation 264, A. 8.
Litigiosität 113, A. 4h.
Litis aestimatio 167.
Litiscontestatio 113, 271, A. 3, 359.
Litiscrescenz 98, 252.
Litisdenuntiatio 303.
Litispendenz 113, A. 3.
Litterae inducial., quinquennales 223.
Litteral-Contract 232, A. 3.
Locatio conductio 309 fg.
Location der Gläubiger im Concurse 227; im Pfandrecht 384.
Longa manu traditio 139.
Longi temporis possessio und quasi possessio 157, 189; s. praescriptio.
Longo tempore capio 157.
Loos, bei Collision der Rechte 92; bei Theilungsklagen 320.
Lucidum intervallum 59.
Lucra nuptialia, im Eigenthum der Hauskinder 429; Verlust bei Wiederverheirathung 417; bei Verletzung des Trauerjahrs 418.
Lucrative Rechtsgeschäfte 63, A. 2; Verträge 234.
Lucrum cessans 206.

Mäkler 314, A.
Mängel der Willensbestimmung 60 fg.; bei Verträgen 237; bei Testamenten 491; der Form 64; der Sache, beim Kauf 304, bei der Miethe 311, 313, A. 3, 315.
Magister navis 247.
Mahnung als Erforderniß der mora 251; des Pfandverkaufs 375, 376.
Majorität, bei Corporationen 43; der Gläubiger zur Stundung 223; zum Erlaß 267, A. 2; der Schiedsrichter 270.
Mala fides s. fides.
Malen, Gemälde, 152, A. 3.
Mandat 291 fg.; bei der Bürgschaft 356.
Mandatum ad agendum 255.
„ praesumtum 393.
„ qualificatum 295, 352, 353.
Manifestationseid 523.
Mannbarkeit 36.
Massacurator, Massagläubiger 226.
Materfamilias 28.
Mensor 338.
Mente captus 37.
Metus als Mangel der Willensbestimmung 61; bei Verträgen 237; bei Testamenten 491, A. 2; als Restitutionsgrund 121.
Miethe, Miethvertrag 309 fg.
Milde Stiftungen 41, 46.
Miles s. Soldaten.

Minderjährige, minores, 36; ihre Handlungsfähigkeit 59; error iuris derselben 62; Restitution derselben 119; cura minorum 440; Unfähigkeit zur Vormundschaft 442; consensus curatoris 452.
Mißgeburt, monstrum, 25.
Missio in possessionem 93; im Pfandrecht 372.
" " " Antoniniana 559.
" " " damni infecti nomine 328.
" " " ex lege ult. Cod. de edicto D. Hadriani tollendo 535.
" " " legatorum serv. causa 559.
" " " ventris nomine 536.
Mitbesitz 138.
Mitbürge 354, 355.
Miteigenthum 133, bei commixtio 151; Servituten am gemeinschaftlichen Grundstücke 183, 188, 191; Verpfändung einer gemeinsamen Sache 371; Aufhebung des Miteigenthums 320; Verlust des Antheils an den Miteigenthümer 147.
Miterben 464.
Mitgläubiger, Mitschuldner s. Correalobligationen.
Mittelspersonen 231, A. 3; vergl. Repräsentanten.
Mitvormünder 458, 462.
Moderamen inculpatae tutelae 94.
Modus und titulus acquirendi 127.
Modus als Nebenbestimmung bei Rechtsgeschäften 74; bei Schenkung 83; bei Erbeinsetzung 495; bei Vermächtnissen 548.
Monat 88.
Monstrum 25.
Mora 251; beim Pfandverkauf 375, A.; bei Restitution der dos 406.
Moralische, mystische Person, s. juristische Person.
Moratorium 223.
Morbus sonticus 37.
Mortis causa capio 589, A. 1.
Mortis causa donatio 589 fg.
Muciana cautio ~~496, A. 3.~~ §495-a
Muciana praesumtio 412, A. 2.
Mulcta poenitentiales, Wandelpön 211.
Municipes 40, A. 1.
Mündelgüter, deren Veräußerung, 456 fg.
Mündigkeit 36, 110, 240, 484.
Münzverhältnisse 205.
Mutuum 232, A. 3, 280 fg.
Mutuus dissensus 267.
Mystische Erbeinsetzung 493.

Nachbürge 354.
Nachlaß der Pacht 312, A. 1.
Nachlaßvertrag 267.
Nachlässigkeit 62, 86.
Nasciturus 25; dessen Erbfähigkeit 471.
Naturalia negotii 65; Beweis derselben 114.
Naturalcomputation 89.
Naturalis obligatio 217.
Natürliche Person 25 fg.
Nautae 289.
Nebenbestimmungen bei Rechtsgeschäften 66 fg.; bei der Erbeinsetzung 495; bei Vermächtnissen 548.
Nebensache 54; bei adiunctio 152; als commodum 253; bei Restitution der dos 407.
Nebenverträge 249; beim Kauf 306.
Negotia 63; claudicantia 234.
Negotiorum gestio 297 fg.
Negotium mixtum cum donatione 83; utiliter gestum 298.
Nemo pro parte testatus etc. 470, A. 2.
Neugestaltung einer Sache 155.
Nichtgebrauch 92; bei Privilegien? 57, A. 2; bei Servituten 194.
Nichtigkeit und Anfechtbarkeit der Rechts-

geschäfte 79; der Verträge 233, 238; der Testamente 503, A.
Nießbrauch 178 fg.
Nomen bonum, verum 257; legatum 576; pignori datum 367.
Nominatio auctoris 166.
Nominatoren 460.
Nonusus s. Nichtgebrauch.
Nota s. Infamie.
Notherben 591 fg., 604.
Nothweg 131, A.
Nothwehr 94.
Notorietät 114.
Novation 268; necessaria 271, A. 3.
Novellen 2, A. 1, 2.
Noxae datio 327.
Nullität s. Nichtigkeit.
Nullitätsquerel s. querela.
Nullitätssystem 599, A.
Nuntiatio novi operis 330.
Nuntius 231, A. 3, 245.
Nutzeigenthum 134, A.
Nutzungsrechte 126; als Gegenstände der Verpfändung 367.

Obereigenthum 134, A.
Obervormundschaft 462.
Oblatio verbalis, realis 251.
Obligatio, Forderung 22, 201 fg.; Gegenstände der Obligationen 202 fg.; Subjekte 212 fg.; Ausübung 218 fg.; Entstehung 229 fg; Aenderung 249 fg.; Uebertragung 254 fg.; Aufhebung 260 fg.
Obligatio alternativa 203.
„ bonae fidei, stricti juris 217, A. 1; 221, A. 1; 251, A. 3.
„ certa, incerta 203.
„ civilis, naturalis, honoraria 217, 225, 239, 264, 271, 277, 282, 341, 350, 366.
„ correalis, in solidum 213 fg.
„ dividua, individua 204.
Obligatio ex delicto, quasi ex delicto 243.
„ inanis, inefficax, quasi nulla 217.
„ in solidum 214.
„ unilateralis, bilateralis 212.
Obligatorische Verträge 231.
Obmann 270.
Occupation 139; als Eigenthumserwerb 154.
Onerirter 542.
Onerose Rechtsgeschäfte 63, A. 2; Verträge 234.
Operae servorum 182, A. 4, 194, A. 1.
Operae locari solitae, illiberales 314.
Operis novi nuntiatio 330.
Optio legata 579.
Oralfideicommiß 545.
Oratio Antonini Caracallae 414, A. 2.
„ D. Hadriani 533, A. 2.
„ D. Severi 457, A. 1.
Origo 40.
Ornamenta 304, A. 1, 6.
Ort der Erfüllung 221.
Osculum bei donatio ante nuptias 413.

Pacht 309.
Pächter öffentlicher Einkünfte 325.
Pacta adjecta 249.
„ dotalia 400.
„ nuda, vestita (legitima, praetoria) 232, A. 3.
„ praeparatoria 231.
Pactum, pactio, 63, 232, A. 3.
Pactum antichreticum 381.
„ de contrahendo 231.
„ de ingrediendo 379, A. 2.
„ de mutuo dando 280.
„ de non petendo 267, A. 1.
„ de non praestanda evictione 303, A. 6.
„ de retroemendo und retrovendendo 301.
„ displicentiae 249.

Pactum hypothecae 306.
„ protimiseos 301.
„ reservati dominii 145, 306, A. 5.
Paraphernen 394, 412; vergl. 373, A. 2 g.
Parens manumissor 444, A. 1, 477, A. 3, 607, A. 3.
Parens binubus 417; vergl. 373, A. 2 f.
Pars, pro diviso, pro indiviso, 53, 133, 138.
Partitio legata 580.
Pasquillanten 484, A. 1.
Paterfamilias 28; Vertretung durch den Sohn 246, 247.
Patria potestas 421 fg.
Pathengeschenke 432, A. 1.
Pauperies 327.
Peculium 429.
„ adventitium regulare 432.
„ adventitium irregulare 434.
„ castrense, quasi castrense 431.
„ clericale 431, A. 3.
„ militare, paganum 401.
„ profectitium 430; vgl. 137, 141, 247.
Pecunia constituta 351; lustrica 432; non numerata 281; trajectitia 283.
Pensio 197, 200.
Perception der Früchte 156.
Perfektion der Verträge 231; des Kaufs 301; der Miethe 309.
Peregrini 28.
Periculum und commodum 253.
Perpetuatio, actionis 113, A. 4; obligationis 251, A. 2.
Permutatio 308.
Person, Persönlichkeit 24; natürliche 25 fg.; juristische 41 fg.
Personalservituten 178 fg.
Pertinenzen 54.
Petitio tutorum vel curatorum 446.
Petitorium, Possessorium 171.
Pfand, Pfandrecht 126, 364; s. pignus.
Pfandklagen 378 fg.
Pfandvertrag 288.
Pfändung 372.
Pflegkindschaft 438.
Pflichttheil, Pflichttheilsberechtigte 591 fg.
Photographien 152, A. 3.
Pia corpora, piae causae 41, 46.
Pictura 152, A. 3.
Pignus als Vertrag 232, A. 3, 288.
Pignus als Pfandrecht 364 fg.; Voraussetzungen und Gegenstände desselben 366 fg.; Entstehung 370 fg.; Rechte der Pfandgläubiger 375 fg.; Endigung des Pfandrechts 389 fg.
Pignus conventionale 371, 384.
„ generale 368.
„ in causa judicati captum (judiciale) 372, 384.
„ legale seu tacitum 373, 384.
„ necessarium, voluntarium 370.
„ nominis 367, 382.
„ praetorium 372, 384.
„ privilegiatum 385.
„ publicum, quasi publicum 386.
„ testamentarium 371, 384.
„ voluntarium 370.
Plantatio 152.
Poena promissa 211; compromissa 270.
Poenae nomine relictum 491, A. 3.
Poenae secundarum nuptiarum 417.
Pollicitation 241.
Positum et suspensum 326, A. 2.
Possessio 129, 136.
„ ad interdicta 136.
„ bonae, malae fidei 136.
„ civilis, naturalis 136, A. 2.
„ pro emtore, pro herede etc. 160.
„ pro herede vel pro possessore 531.
„ vitiosa 172.
Possessorische Klagen s. Interdikte.

Possessorium ordinarium, summarium 172, A. 4.
Postliminium 127, A. 2.
Postulatores 460.
Postumi 598.
Potentior, bei der Cession 258, A. 3.
Potestas 28; Erwerb durch Sklaven und Hauskinder 76, 246 fg.; vergl. patria potestas.
Potestativbedingung 67, 68, A. 2, 598; negative 496, A. 3.
Praedium 50; dominans, serviens, vicinum 183; rusticum, urbanum 184, 373, A. 3; rusticum, suburbanum 457.
Prädialservituten s. Grunddienstbarkeiten.
Praedo 531, A. 4.
Präjudicialklagen 97.
Praelegatum 544.
Praemium emancipationis 433, 436, A. 3.
Praescriptio = exceptio 101, A. 1.
Praescriptio acquisitiva, extinctiva 87.
„ definita und indefinita oder immemorialis (vetustas) 91.
„ dormiens 110.
„ longi und longissimi temporis 106 fg., 157; vergl. 125.
Praesumtio hominis, juris et de jure 114.
„ Muciana 412, A. 2.
Präsumtion der Verwandtschaft 39.
Präterition 39.
Prävention, im Pfandrechte, 383.
Praxis 11.
Precarium 135, 173, 284 A.
Primipilus 385.
Priorität der Pfandrechte 384 fg.
„ des Todes 27.
Privation des Emphyteuta 199.
Privattestamente 485 fg.
Privilegien 23, 57; Collision 92, A. 3.
Privilegirte Forderungen 227; Pfandrechte 385; Testamente 487 fg.
Privilegium exigendi 227.
Proceßzinsen 251, A. 3, 369.
Procurator 77; in rem suam 112, 123, 254, 255.
Prodigus 37, 59, 442, 484.
Pro herede gestio 508.
Promissio dotis 397.
Propositionen 231.
Proprietas nuda 178, 417.
Protestation, Verwahrung 75; vergl. 110, 163, A. 2, 281.
Protutor 461.
Provocatio ex lege si contendat 355, A. 7.
Proxeneta 245, 314, A.
Pubes, pubertas, 36, 59.
Pubertas plena 36.
Punktationen 231.
Pupilli 36.
Purgatio morae 251.
„ vitii rei (furtivae) 162.
Putativer Titel 159.
Putativ-Ehe 476.

Quaestio Domitiana 486, A. 1.
Quanti ea res est 206.
Quarta Divi Pii 424, 607.
„ Falcidia 562 fg.
„ Trebellianica 584.
Quasibesitz 129, 187, 195.
Quasicontracte 229, 242, 297.
Quasidelikte 243.
Quasitradition der Servituten 188, A. 1, 191, A.
Quasiususfruktus 181.
Querela inofficiosae donationis et dotis 597, 605.
Querela inofficiosi testamenti 596, A. 1; 597, 598, A.; 599, A.; *605*, 607, A. 2; vergl. 104, A. 1; 113, A. 4 fg.
Querela non numeratae dotis 410.
„ non numeratae pec. 262, 281.

Querela nullitatis 79, A. 2; bei Testamenten 599.
Qui dolo malo possidere desiit oder liti se obtulit (fingirter Besitzer) 166, 167; vergl. 104, A. 2; 346, A. 3; 378, 388, 531.
Quinquagesima emphyteuticaria 197.
Quinquenellen 223.
Quiritisches Eigenthum 134, 157.
Quittung 262.

Rangordnung der Gläubiger im Concurse 227.
Rapina 323, A. 3.
Rath 291, A. 2.
Ratihabition 78, 298.
Realarrest als Sicherungsmittel 93.
Realcaution 93.
Realcontracte 232, A. 3.
Realservituten 177, 183 fg.
Receptum arbitri 270.
" cauponum, nautarum 289.
Rechte 21, 22; Ausübung und Schutz 92 fg.
Rechte an Sachen 126 fg.; deren Erwerb und Verlust 127.
Rechtsfähigkeit 24; der natürlichen Personen 28; der juristischen 41; der Sachen (res in commercio) 49.
Rechtsgeschäfte 63 fg.; zwischen Vater und Hauskind 435, 436.
Rechtsgutachten 4, A. 3.
Rechtsirrthum s. error.
Rechtsobjecte 48.
Rechtsquellen 2 fg.
Rechtsstreit 104, 113, 271, 287.
Rechtssubjecte 24.
Rechtsverhältnisse 21.
Recitatio testamenti 504.
Redemtor operis 315.
Redotation 403.
Regreß der Correalschuldner 213.
" der Bürgen 355, 356.
Regula Catoniana 550.
Reichsgesetze 4, 11.
Rei vindicatio 166 fg.; utilis 145, A. 2 a. E.; 152, A. 4; 170, 200.
Religionsänderung als Bedingung 72, A. 5.
Religionsbekenntniß 34.
Relocatio 313.
Remedium ex lege ult. Cod. de edicto D. Hadriani tollendo 535.
" ex lege 2 Cod. de resc. vend. 307.
" ex novella 115—599, A.
Remissio, Nachlaßvertrag 267.
" der Nuntiation 330, A. 5.
" des Pachtzinses 312, A. 1.
" pignoris 390.
" servitutis 179, A. 4, 193.
Remotio tutoris 450.
Remuneration für Dienste 314, A.
Remuneratorische Schenkung 83.
Renten 207, 210.
Rentenforderung, ihre Verjährung 107.
Rentenvermächtniß 572.
Renuntiatio, Verzichtleistung 57.
" mandati 294.
" societatis 319.
Reparaturkosten der Miteigenthümer 133, 147; Zinsen für ausgelegte Reparaturkosten 208, A. 2; Rep. des Emphyteuta 197; des Miethers 311.
Replicatio, duplicatio etc. 101.
Repräsentanten, im Allgemeinen 76, 77; beim Erwerb des Besitzes 140; beim Verlust des Besitzes 143; beim Erwerb des Eigenthums 145; bei Entstehung von Obligationen 245 fg.; Mandat 291.
Repräsentation des Erblassers durch den Erben 464.
Repräsentationsrecht 477, A. 1.
Repromissio, als Caution 93.
Repudiation der Erbschaft 510, in fraudem legatariorum 553; des Vermächtnisses 555.
Res 48.

Res corporalis, incorporalis 48, A. 1.
„ extra commercium 49.
„ derelicta 154.
„ divini juris (sacrae, religiosae) 49.
„ dominica 160.
„ fiscalis 162.
„ fungibilis 51.
„ furtiva 162.
„ futura 367, 368.
„ in commercio 49.
„ judicata 116.
„ litigiosa 113, A. 4, 162.
„ mobilis, immobilis 50.
„ nullius 154.
„ omnium communis 49.
„ publica 49.
„ usu-consumtibilis 52.
Rescissibilität 79, der Testamente 491, A. 2, 599.
Res succedit in locum pretii 48, A. 5.
Reservation 75.
Resolutivbedingung 67.
Respectus parentelae 38, A. 2.
Restitutio famae 31.
Restitutio rei cum omni causa 167, 191.
„ der dos 405 fg.
„ des Universalfideicommisses 582 fg.
Restitutio in integrum 117 fg.
Restitutionsgesuch 122.
Restitutionsgründe 119 fg.
Retentionsrecht 102, 328 not. m., beim Depositum 285; beim Pfand 377.
Retentiones ex dote 408, A., vgl. 405, A. 4.
Reugeld 240, A. 3, vgl. 211.
Revocabilität dinglicher Rechte — ex nunc, ex tunc — 128.
Revocation der Schenkungen 82.
Rückfall des Eigenthums an der dos 411, A.
Rückverkauf 301.
Rückziehung der erfüllten Bedingung 71.
Ruhende Verjährung 110, 163.
Rusticitas 62, 447, A. 1 n.
Sachen s. res.
Satisdatio 93.
Schadensersatz 206; Verpflichtung dazu 85, 243 (bei Delikten); bei der rei vindicatio 167; bei den interdicta retin. poss. 172; bei Mangelhaftigkeit der vermietheten Sache 311; bei condictio furtiva 323; nach der lex Aquilia 324; und ähnlichen Klagen 325; bei cautio damni infecti und praeteriti 328; beim interdictum quod vi 329 ꝛc.
Schalttag 88.
Schatz 154, 196, 253, A., 401, 404, A. 2.
Schätzungseid s. iusiurandum in litem.
Scheidemünze 205, A. 4.
Scheidung s. Ehescheidung.
Schenkung 80 fg., vgl. 225, A. 2, 233, 303, A. 1, 304, A. 1, 317, A. 2, 246, A. 3, 430, 456; Schenkung auf den Todesfall 589, 590; unter Ehegatten 414, vgl. 399, 404.
Schenkungsversprechen 279.
Schiedsrichter 270.
Schiffer 289.
Schiffswurf 316.
Schmerzensgeld 324, A. 2.
Schrot und Korn der Münze 205, A. 1.
Schuldschein 281.
Schuldverhältnisse s. Obligatio.
Schwägerschaft 38.
Schwängerung, außereheliche, Entschädigung der Geschwächten, 348, A. 2.
Schwangerschaft bei Scheidung oder Tod des Mannes 437.
Secundae nuptiae 417.
Selbsthülfe 94.
Semel heres semper heres 495, A. 1.
Senatusconsultum über Quasiususfruct 181.

Senatusconsultum Iuventianum 533, A. 2.
„ Libonianum 491, (not. r.)
„ Macedonian. 282.
„ Pegasianum 584, A. 1.
„ Plancianum 437.
„ Trebellianum 580, A. 1.
„ Velleianum 359 fg.
Senectus 36.
Separata oeconomia 426.
Separatio bonorum 524, 525.
Separation der Früchte 156.
Sequester 135.
Sequestratio, necessaria 93, 296; voluntaria 287.
Servituten 175 fg.
Servitutes affirmativae, negativae 184.
„ continuae, discontinuae 184.
„ irregulares 177.
„ legales 131.
„ personarum 178 fg.
„ praediorum 183 fg., rusticorum 186, urbanorum 185, vgl. 382.
Sicherung der Rechte 93.
Signatio testamenti 485.
Simulatio 60, 237.
Societas 317 fg.; omnium bonorum 317, 318; quaestus et lucri 317; unter Gesammtgläubigern oder Schuldnern 213; beneficium competentiae 225, A. 3; soc. leonina 317, A. 1.
Socius liberalitatis imperialis 609.
Solarium 200.
Soldaten: ihr benef. competentiae 225, A. 4; Bürgschaft derselben 358; Testamentsform 487; Pupillarsubstitution 497, A. 1, 2; Notherbenrecht 592.
Solidarische Obligation 214 fg.; mehrerer Depositare 285, Mandatare 292, Mandanten 293; actio doli 334; Schadensklagen 324 fg.; actio quod metus causa 333; Unterschied von der Bürgschaft 349; solidar. Obl. mehrerer Bürgen 354; des Vormundes und dessen Vaters 460; der Mitglieder eines obervormundschaftlichen Collegiums 462.
Solidus 81, A. 1.
Solutio 261 fg.
Solutionis causa adiectus 261.
Sors 207.
Spadones 37.
Spatium deliberandi 569.
Species 51, 203, 204, 205, 221, 274; species legata 509.
Specificatio 151, 155.
Spiel 236, 303, not. m.
Spolium 173, A. 2, 192, A. 6, 333, A. 3.
Sponsio 350, A. 1.
Sponsiones, Wetten 236.
Stabularii 289.
Status 28, vgl. 537.
Stellvertreter s. Repräsentanten.
Stiftungen 46.
Stillicidium 185, A. 4.
Stipulatio 232; Aquiliana 267, A. 1 c; duplae für Eviction 303, wegen Gewähr der Mängel 304, A. 6.
Stumme 37, 59, 270, A. 2, 486.
Stundung 223.
Stuprator s. Schwängerung.
Strafe s. poena.
Subhastation 231, A. 4.
Sublocatio 310.
Subpignus 367, 382.
Subscriptio testium 485.
Substitution beim Mandat 292.
„ bei der Erbeinsetzung 496 fg.; breviloqua 496, A. 5; duplex 497, A. 4; pupillaris 497, 498; quasi pupillaris

499; reciproca 496, A. 5; tacita 497, A. 4; vulgaris 496.
Substitution bei Vermächtnissen, fideicommissaria oder precaria 549.
Successio 56; in querelam 605; ordinum et graduum 478; per universitatem 56.
Successio, in capita, stirpes, lineas, 479.
Successionsfähigkeit 471.
Successionsordnung der Intestaterben 477 fg.
Successive Delation 478, 496 fg.; successive Vermächtnisse 550.
Suffragium 314, A.
Sui heredes 506, 511; ihr Notherbrecht 591 fg.
Sui iuris 28, 423, 426 fg.
Summariissimum 172, A. 4.
Superarbiter 270.
Superficies 195, 200; Gegenstand der Verpfändung 367, 382; der dotis datio 398; des Legats 575.
Suspecti remotio 450.
Suspensivbedingung s. Bedingung.
Syndikatsklage 338, A. 1.

Tag 88.
Taube 37, 59; ihre Unfähigkeit zum Schiedsrichteramt 270, zum Testamentszeugniß 486, zur Testamentserrichtung 484, A. 4.
Tauschvertrag 308; vgl. 303, A. 1.
Tauschwerth des Geldes 205, A. 1.
Tempus continuum, utile 90.
Testament 483; Form 485 ff.; Inhalt 491 ff.; Aufhebung 501 fg.; Vollziehung 504.
Testamenti factio activa 484, passiva 492.
Testamentsvollstrecker 504.
Testamentszeugen 486.
Testamentum ad pias causas 489.
Testamentum apud acta conditum 490.
" coeci 487.
" correspectivum 500.
" destitutum 503.
" holographum 485.
" iniustum 503, A.
" inofficiosum 591 fg.
" irritum 503.
" iudici vel principi oblatum 490.
" militis 487, 497, A. 1; 587.
" mysticum 493.
" nullum 503, A., 599, A.
" nuncupativum 485.
" parentis inter liberos 489.
" publicum 490.
" reciprocum 500.
" ruptum, durch *neues* Testament 502; durch agnatio postumi 598, A. 1, 599, A.
" ruri conditum 488.
" tempore pestis conditum 488.
" eines Schreibensunfähigen 487.
Testes, Solennitätszeugen 64, A. 3; Beweiszeugen 115.
Testirfähigkeit 484.
Theilbarkeit 53; beim Gegenstande der Obligationen 204.
Theilungsklagen 320, 321, 527; vgl. 97, A. 5, 99, 106.
Thiere, Beschädigung durch sie 327.
Thlibiae und thlasiae 37.
Tignum iunctum 152, A. 4 fg., 131, A., 162 a. E.
Titulus, Voraussetzung der Usucapion 159.
Titulus und modus acquirendi 127, 188, A.
Tod 26; Voraussetzung der Erbfolge

469; Endigung des Mandats 294; der Societät 319; der Klagen 104.
Todeserklärung 26.
Tractate 231.
Tradition 139 fg., 145.
Transactio 269.
Transitus dominii legalis 145, A. 1.
Translatio actionum 104; legati 551.
Translative Uebertragung von Rechten 56.
Transmissio 512 fg.; ex capite infantiae 513; ex capite in integrum restitutionis 516; ex capite suitatis 512; Justinianea 515; Theodosiana 514.
Trauerjahr 31, 33, 418, 471, A. 2.
Tröbelvertrag 290.
Turpitudo 30, 32.
Tutela 440; dativa, fiduciaria, legitima, testamentaria 444; pactitia 447.
Tutor, Atilianus, praetorius 444, A. 2, gerens, honorarius 458; falsus 461.
Tutorium 448, 462.

Uebergang der Klagen auf den Erben 104.
Uebertragung (translative und constitutive) der Rechte 56; der Klagen und Forderungen 254 fg.; des Pfandrechts 374.
Umwandlung von Rechtsgeschäften 79, A. 6.
Undank als Grund zum Widerruf von Schenkungen 82, 83; zur Ausschließung der Notherben 601.
Uneheliche Verwandtschaft 38, 39; als Successionsgrund 476, 482; als Beschränkung der Capacität 492.
Unerlaubte Handlungen s. Delikt.
Ungenannte Realcontracte 235.
Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte 79; der Testamente 501 fg.; der Vermächtnisse 551 fg.
Unitas actus 485, A. 1.
Unitas personae, von Vater und Kind 435, A. 1; von Erblasser und Erben 465.
Universalsuccession 56.
Universalvermächtniß 580 fg.
Universitas iuris 48, A. 5.
„ personarum 42 fg.
„ rerum 48; als Gegenstand der Verpfändung 367, 368; als Vermächtniß 570.
Unmögliche und unsittliche Bedingungen 72.
Unmöglichkeit der Leistung, Grund der Nichtigkeit einer eingegangenen Obligatio 202.
Unmöglichkeit der Erfüllung, Grund der Aufhebung einer Obligatio 274, 275, vgl. 251, A. 2.
Unmündigkeit 36; vgl. 59, 141, A., 230, 424, 427, 440, 484, 607.
Unterbrechung der Klageverjährung 110; der Usucapion 163.
Untergang der Sache 127.
Untheilbarkeit der Obligationen 204, 216; vgl. 211.
Untheilbarkeit der Servituten, und zwar des Usus 182, der Grunddienstbarkeiten 183, vgl. 178.
Unus casus 166, A. 2.
Unvordenkliche Zeit 91.
Unwissenheit 62.
Urkunden 64, 115.
Ursprünglicher Erwerb des Eigenthums 149 fg.
Urtheil 116; vgl. 159, A. 4, 213, A. 1, 271.
Usucapio 157 fg.; extraordinaria 164; libertatis 194; vergl. Ersitzung
Usucapionsbesitz 136, 158.
Usucapionsfähigkeit der Sache 162.
Usucapionstitel 159, einzelne Titel daselbst A. 3.
Usucapionszeit 161, 164.

Usurae 55; centesimae, legitimae, rei iudicatae 208, A. 1, 2; usurarum 209; us. indebitae 341.
Usuraria pravitas 484.
Usurpatio bei Klageverjährung 110; bei Usucapion 163.
Usus 182.
Ususfructus 178 fg.; causalis und formalis 178, A.; legalis 190; nominum 181, A. 2; vestimentorum 181, A. 3; in dotem datus 398, A. 1.
Uterini 38; Erbfolgeordnung 477.
Utilitas circa rem ipsam 206, A. 4.

Väterliche Gewalt 420 fg.
Variae causarum figurae 229.
Vaterschaft 39.
Venditio 300 fg.
Venia aetatis 36.
Veräußerung überhaupt 57; der Dotalgrundstücke 402; der Erbschaft 540; des Erbrechts 512, A. 1; durch den Fiscus, den Regenten und dessen Gemahlin 127, 392, A. 2; der bona vacantia 608; durch den Vormund 456 fg.
Veräußerungsverbote 132; bei vormundschaftlicher Verwaltung 456; der Dotalgrundstücke 402; der bona adventitia 432; der res litigiosae 113, A. 4 h; Veräußerungsverbot als Usucapionshinderniß 162.
Verbalcaution 93.
Verbindlichkeit s. Obligatio.
Verbindung als Eigenthumserwerb 150 fg.
Vergleich 269.
Verhinderung der Besitzeinweisung 335; am Erscheinen vor Gericht 335.
Verjährung 87, vgl. Ersitzung, Klageverjährung, praescriptio, usucapio.
Verjährung der Litispendenz 110, A. 2; des Pfandrechts 390; der Restitution 122; der Servituten durch Nichtgebrauch 194.
Verkauf der Pfandsache 375; als Beendigung des Pfandrechts 392.
Verletzung s. Laesio.
Verlust der dinglichen Rechte 127.
Vermächtniß 541 fg.
" ad pias causas 567.
" dinglicher Rechte 575.
" der dos 577.
" von Forderungen (nomen legatum, liberatio legata, debitum legatum) 576.
" einer Gattungssache (genus legatum) 574.
" des Lebensunterhaltes 573.
" einer Rente 572.
" einer res, cuius commercium non est 547.
" einer Sachgesammtheit 570.
" einer Species 569.
" einer Summe oder Quantität 571.
" eines Vermögensinbegriffes 578.
" Wahlvermächtniß 579.
Vermischung als Eigenthumserwerb 151.
Vermögensrechte und -Verhältnisse 22.
Verpfändung 367 fg.
Verpflichtung durch Stellvertreter 247 fg.
Verschollenheit 26.
Versehen des Richters 338; vgl. culpa.
Versio in rem 247, 248.
Versio vulgata 9, A. 2.
Versteigerung 231, A. 4; 320.
Vertrag 63; Entstehungsgrund von Obligationen 229, 231 fg.; Aufhebungsgrund von Obligationen 267 fg. Vgl. contractus und pacta.
Vertragsform 232.
Vertragsschließung unter Abwesenden 231, A. 3.
Verwaltung kraft öffentlichen Auftrages (cura bonorum) 296; der Erbschaft

bei missio ventris nomine 536, bei b. p. ex Carboniano edicto 537, furiosi nomine 538; Verwaltung der Vormünder 453 fg.
Verwandtschaft 38; deren Präsumtion 39; als Successionsgrund 474 fg.
Verwendung s. Impensae.
Verwirkung des Eigenthums 147.
" der Forderung 94, 258, A. 3, 443.
" des Intestaterbrechts 446, 522.
Verzicht 157; auf das Sc. Vellej. 361; Erbverzicht 470.
Verzug 251.
Verzugszinsen 207, A. 2, 251.
Via 186, A. 2 a.
Vicina praedia 183.
Viehtrift 186, A. 2 d.
Vindication s. Rei Vindicatio.
Vindicatio caducorum 556, A. 2.
" pignoris 378.
" servitutis 191.
Vis absoluta und compulsiva 61.
Vitalität 25, A. 3.
Vitium des Besitzes 172; körperliche Gebrechen 37; vitium rei bei Ersitzung 162.
Volljährigkeit 36.
Vollmacht 77.
Vollziehung der Testamente 504.
Vorkaufsrecht 301 (306).
Vormundschaft 439 fg. Vgl. tutela und cura.
Vormundschaftseid 448.
Votum 241.

Wahl, bei Obligationen 203, 274.
" unter mehreren Klagen 105.
Wahl-Vermächtnisse 579.
Wahlvater s. adoptio.
Wahnsinn 37, vgl. 59, 137, 270, 440, 442, 449, 452, 484, 499.
Wandelklage 304.
Wandelpön 211.
Wasserleitung 186, A. 2 c.
Wechselseitige Testamente 500.
Wegegerechtigkeiten 186, A. 2 a.
Wegfall des Inhalts bei Obligationen 274 fg.; des Subjectes 273.
Wette 236.
Widerruf der Privilegien 57.
" der Schenkungen 82.
" der Testamente 502.
" des Mandats 294.
Widersprüche in den Quellen 10 fg.
Wiedereinsetzung in den vorigen Stand 117 fg.; gegen Erwerb und Ablehnung der Erbschaft 519, 520; gegen Ersitzung 162, A. 1.
Wiederverheirathung 417.
" im Trauerjahr 418.
Willenserklärung bei Rechtsgeschäften 64; bei Verträgen 231; bei Testamenten 491; beim Erbschaftserwerbe 508.
Wirthe 289.
Wittwe (arme), ihr Erbrecht 481, 606.
Wohnsitz 40.
Würderungseid 115.

Zahlung 261 fg.; uneigentliche 263.
Zeit 87; der Erfüllung bei Obligationen 220, 223; der Erbantretung 509.
Zeitbestimmung, dies 73, 87; bei Erbeinsetzung 495; bei Vermächtnissen 548, 554.
Zeiteintheilung 88.
Zeitpunkt der testamentarischen Delation des Erbrechts 505; des Erwerbs der Vermächtnisse 554.
Zeugen s. testis.
Zinsen s. usurae.
Zinsfuß 208, 209.
Zinswucher 209; bewirkt Infamie 31; Unfähigkeit zur Testamentserrichtung 484.
Zolldefraudation 147.
Zollpächter, Klagen gegen sie 325.

Zubehör, Pertinenzen 54.
Zufall bewirkt Aufhebung oder Aenderung von Obligationen 253; dolus, culpa, casus 85.
Zuschlag des Pfandes 376.
Zustände als Quelle von Obligationen 244, 229, A.
Zwang als Mangel der Willensbestimmung 61, bei Verträgen 237, bei Testamenten 491; als Restitutionsgrund 121.
Zweckbestimmung s. modus.
Zweite Ehe, ihre Folgen, 417, 418.

Berichtigungen und Zusätze.

Seite 6. §. 6. Anm. 1. Ueber authentische Interpretation vgl. Bremer im Jahrb. des gemeinen Rechts II. 7.

„ 15. Anm. 3. a. E.: Brinz Pand. 2. Abth. erste Hälfte 1860.

„ 16. „ 4. a. E. lies: δ) E. Esmarch Grundsätze des Pandektenrechts. Wien 1860, Anm. 5. a. E. lies 1859.

„ 18. „ 5. n. lies: Jahrb. des gem. deutschen Rechts.

„ 19. „ 6. Von Girtanner's Rechtsfällen ist die 3. Aufl. erschienen 1857. Vgl. dazu: Pagenstecher, Pandekten-Praktikum, Heidelb. 1860.

„ 19. „ 8. Statt e und f erscheint seit 1859: Kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzg. und Rechtsw. Hrsgeg. von Pözl.

„ 22. Zeile 15. statt einem lies einen

„ 27. Anm. 3. Vgl. Steinberger im Rtslex. XII. S. 693. fg. Bopp, der Verschollene als Erbe, in Linde's Ztschr. XVII. 12.

„ 28. Zeile 27. lies neptes-familias

„ 42. „ 12. lies adiudicari

„ 42. Anm. 4. a. E. Gegen die herrschende Lehre vgl. jetzt noch Demelius, die Rechtsfiktion in ihrer historischen und dogmatischen Bedeutung. Weimar 1858., gegen diesen Arndts in Pözl's Vierteljahrsschrift I. 93. fg., und dagegen wieder Demelius in den Jahrb. für Dogmatik IV. 2.

„ 44. „ 3. a. E. Vgl. noch R. Hermann, der Rechtscharakter der Aktienvereine, Leipzig 1858., und Dietzel, die Besteuerung der Aktiengesellschaften, Köln 1858. (Pözl's Vierteljahrsschrift I. S. 581. fg.)

„ 48. „ 4. Zeile 1. lies restituta

„ 51. „ 5. Zeile 2. statt L. 1. p. 4. lies L. 1. §. 4.

„ 52. zu Anm. 1. vgl. Zaun im civ. Arch. XLIII. 9.

„ 57. Anm. 4. lies: Nicht alles und nicht allein was u. s. w.

„ 59. zu Anm. 1. vgl. Heimbach im Rtslex. XI. S. 604. fg.

„ 68. „ „ 1. vgl. den Artikel „Vertrag" von Heimbach im Rtslex. XII. S. 791. fg.

„ 69. Anm. 2. Zeile 3. a. E. lies quib.

„ 76. Zeile 28. statt Verpflichteten lies Verpflichtenden

„ 79. „ 10. v. u. lies: manumisisses

Seite	91.	not. f.		lies: de cond. inst.
„	97.	Zeile	12.	statt inito lies initio
„	98.	„	28.	statt sich lies sie
„	99.	„	20.	statt initum lies initium, Zeile 22 statt inito lies initio
„	109.	Anm.	3.	a. E.: dazu vgl. Kuntze in Schletters Jahrb. V. S. 106.
„	115.	„	4.	Daß nach dem Röm. Kalender nicht der 24., sondern der 23. Febr. des Schaltjahrs der Schalttag gewesen sei, behauptet Mommsen in der Röm. Chronologie Beil. III. und mit ihm Bekker im Jahrb. des gem. Rts. III. S. 137. fg.; dagegen Arndts das. III. 10., gegen diesen aber wieder Mommsen das. III. 14.; daß die römische Regel über den Schalttag heute nicht mehr gelte, behauptet Unger II. S. 303. fg.
„	116.	Zeile	20.	statt rex lies ex
„	126.	„	19.	20. lies cautionales, communes.
„	131.	Anm.	5.	a. E. Vgl. Kuntze in Schletter's Jahrb. V. S. 1. fg.
„	132.	„	1.	Vgl. über actiones in rem. Bekker im Jahrb. des gem. Rts. IV. 6.
„	132.	Zeile	28.	statt dare facere praestare ist nach Huschke zu lesen dare facere adversarium op.
„	134.	„	18.	statt familia lies familiae
„	137.	„	6.	statt sich lies sie
„	144.	Anm.	3.	Ueber Großkopf vgl. Pözl's Vierteljahrsschrift I. S. 127. fg., Arndts in Haimerl's Vierteljahrsschrift. II. S. 7. fg.
„	147.	„	1.	Zeile 5. lies tantundem
„	152.	Zeile	28.	lies quinquennium
„	161.	Anm.	h.	a. E. Vgl. jedoch Zaun im Arch. f. prakt. Rtsw. VIII. 10.
„	166.	Zeile	24.	lies: ad exhibendum et in bonae fidei judiciis in litem juratur.
„	168.	Anm.	1.	Vgl. Heimbach im Rtslex. XI. S. 762. fg.
„	169.	Zeile	25.	statt nur lies nun
„	176.	Anm.	1.	2. vgl. Fritz in Linde's Ztschr. n. F. XVII. 3.
„	190.	„	1.	Vgl. Lenz, das Recht des Besitzes und seine Grundlagen. Berlin 1860.
„	192.	„	1.	Pagenstecher 2. und 3. Abth. 1858. 1859.
„	192.	„	3.	Vgl. Leist, über die Natur des Eigenthums, in dessen civ. Studien III. Jena 1859. (Pözl's Vierteljahrsschrift I. S. 394. fg.). Girtanner, die Rechtsstellung der Sache und der Eigenthumsbegriff, in den Jahrb. f. Dogmatik III. 2.
„	195.	„	1.	Vgl. Heimbach im Rtslex. XII. S. 101. fg.
„	199.	Zeile	16.	statt J. lies J.
„	203.	„	5.	statt Besitzers lies Besitzes
„	205.	zu not. e.		vgl. Brinz über possessionis traditio im Jahrb. des gem. Rts. III. 3.

Seite 207. Anm. 2. a. E. Gegen Schirmer vgl. wieder Bremer in Linde's Ztschr. n. F. XVII. 8.
" 214. " 1. Vgl. Heimbach im Rtslex. XI. S. 544. fg.
" 216. " 4. a. E. Schütze im Jahrb. des gem. Rts. III. S. 429. fg.
" 225. " 3. Delbrück vom Finden verlorner Sachen in d. Jahrb. f. Dogm. III. 1.
" 240. Zeile 27. lies XV. 7. XVI. 1.
" 246. " 24. statt viginta lies viginti
" 253. Anm. 1. Heimbach im Rtslex. XIII. S. 1—240.
" 255. " 1. a. E. Vgl. Unger, über das Wesen der bonae fidei possessio, in Haimerl's Vierteljahrsschrift I. 4.
" 258. not. b. Zu L. 17. cit. vgl. Emmerich in Linde's Ztschr. n. F. XVIII. 10.
" 261. Anm. 1. a. E. Emmerich in Linde's Ztschr. n. F. XVII. S. 444. bezieht L. 2. §. 16. cit. auf die in §. 5. J. 4. 6. erwähnte Publiciana actio.
" 261. " 3. a. E. Gegen Delbrück Bruns im Jahrb. des gem. Rts. IV. 1.
" 266. Zeile 2. Vgl. Bruns a. a. O. und Maaßen über das int. uti. poss. Das. II. 13.
" 267. Anm. 2. Zur Dogmengeschichte der Spolienklage: Maaßen im Jahrb. des gem. Rts. III. 6.
" 280. " 2. Vgl. Dunker im Arch. für prakt. Rtsw. VI. 6.
" 280. " 3. Ueber den Nießbrauch an Kleidern: Arndts in Haimerl's Vierteljahrsschrift V. 4.
" 282. " 5. Zeile 2. lies: (habitatio)
" 285. " 2. Vgl. F. F. A. Muther in fr. 6. comm. praed. commentatio, Erlangae 1858. und darüber Pözl's Vierteljahrsschrift I. S. 138. fg.
" 294. " 1. Zeile 6. lies: u. a. (unter andern).
" 295. " 1. " 2. statt enim lies eam
" 302. not. e. statt pr. lies p. r.
" 307. Anm. 3. Vgl. Emmerich, Beitr. z. Lehre vom Besitz des Superficiars, in Linde's Ztschr. n. F. XVII. 1.
" 312. Zeile 9. v. u. lies: (sog. Privationsklage),
" 314. " 5. statt begründeten lies begründenden
" 314. Anm. Zeile 4. statt derselben lies denselben
" 318. Zeile 3. Vgl. Busch, Doktrin und Praxis über die Gültigkeit von Verträgen zu Gunsten dritter Personen. Heidelberg 1860.
" 318. " 19.—23. Vgl. Demelius, die Ausübung des Wahlrechts in obl. Verh. in Linde's Ztschr. n. F. XVII. 2.
" 321. " 23. a. E. lies adversus
" 334. " 8. statt Entgehung lies Umgehung
" 340. zu Anm. 3. vgl. jetzt noch: Windscheid in d. krit. Ueberschau VI. 11. Girtanner, die Stipulation S. 254. fg. Fitting, die

Natur der Correalobligationen, Erlangen 1859. und darüber Stintzing in Pözl's Vierteljahrsschrift I. S. 509. fg., Fritz in Linde's Ztschr. n. F. XVII. 6.

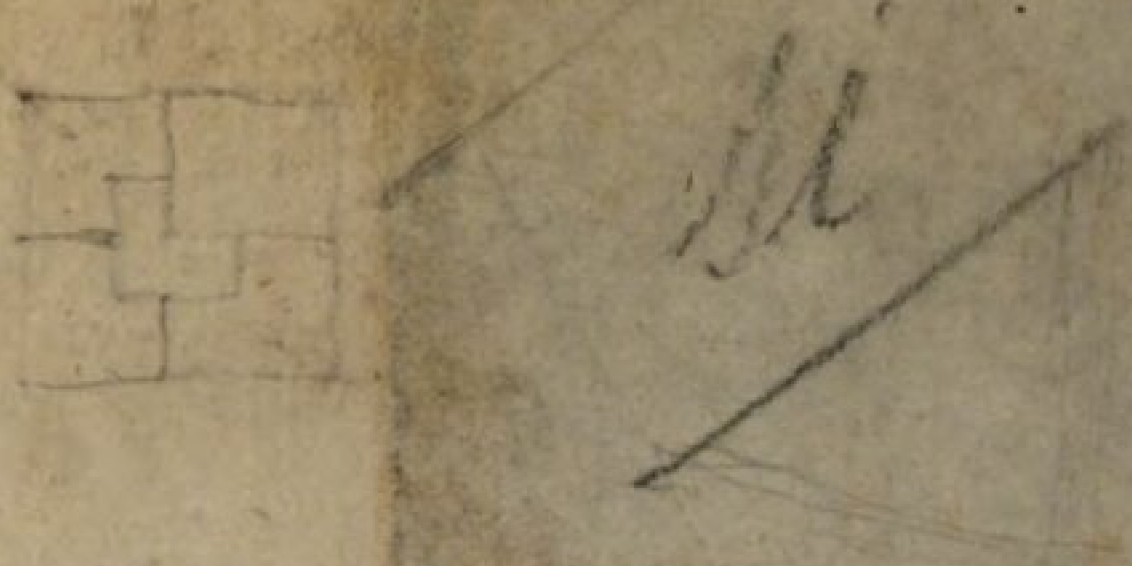
Seite 348. Zeile 9. statt honorario lies honoraria
„ 350. zu Anm. 2. vgl. Bekker im Jahrb. des gem. Rts. IV. 13.
„ 351. Zeile 29. statt obligationis lies obligationes
„ 353. Anm. 1. Zeile 1. statt völligen lies fälligen
„ 354. „ 2. a. E. Petzoldt in d. Ztschr. für Rtspflege u. Verwaltung in Sachsen, n. F. XIX. 7. S. 385. fg.
„ 355. „ 3. a. E. Petzoldt a. a. O. S. 505. fg. weiset nach, daß in Sachsen keine der Berechnungsarten durch Gesetz oder Gerichtsgebrauch ausschließliche Anerkennung gefunden habe.
„ 368. „ 3. Die Ansicht, daß eine vorzeitige fraudulose Zahlung überhaupt angefochten werden könne und der bezahlte Gläubiger nur so viel behalte, als er im Concurs erlangt haben würde, ist neuerdings vertheidigt von Petzoldt in der sächs. Zeitschrift für Rtspflege n. F. XIX. S. 481. fg.
„ 368. „ 4. Zeile 6. statt si lies is
„ 370. zur Anm. vgl. Keller im Jahrb. des gem. Rts. IV. 12.
„ 371. fg. zu §. 231. fg. vgl. Ihering: Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen und nicht zur Perfektion gelangten Verträgen in d. Jahrb. f. Dogm. IV. 1.
„ 371. Zeile 27. 28. lies: (und in der gehörigen Form, §. 232.)
„ 372. „ 7. v. u. lies: doctrina pand.
„ 373. zu Anm. 3. vgl. Bekker im Jahrb. d. gem. Rts. II. 11. III. 4.
„ 373. Anm. 4. Zeile 9. statt praev. lies praed.
„ 375. a. E. vgl. Demelius, Realcontrakte im heut. Recht, in d. Jahrb. f. Dogm. III. 5., Dankwardt, Nationalökonomie u. Jurisprud. III. S. 63. fg. Girtanner, die Stipulation und ihr Verhältniß zum Wesen der Vertragsoblig. Kiel 1859.
„ 376. zu Anm. 1. vgl. Herold im Arch. für prakt. Rtsw. VI. 19.; über Abrechnung als Schuldgrund Schletter's Jahrb. V. S. 20.
„ 379. Anm. 1. vgl. Keller im Jahrb. d. gem. Rts. IV. 11. Gerber, Beitr. zur Lehre vom Klaggrunde und der Beweislast. Jena 1858. (Pözl's Vierteljahrsschrift I. S. 130.)
„ 380. „ Zeile 12. lies: regelmäßig, selbst dann
„ 387. „ 4. Fuchs im civ. Arch. XLII. 9.
„ 397. „ 2. 3. Vgl. Dietzel im Jahrb. d. gem. Rts. II. 12., gegen diesen aber Keller das. III. 6.
„ 399. „ 3. a. E. Vgl. Büff im Arch. f. prakt. Rtsw. VIII. 7.
„ 405. Zeile 1. statt probe lies prope
„ 405. Anm. 5. Bekker im Jahrb. des gem. Rts. III. 4. 11.
„ 408. „ 1. Heimbach im Rtslex. XII. S. 840—1044.
„ 411. 412. §. 253. Eine neue Bearbeitung ist dieser Lehre zu Theil geworden durch Fr. Mommsen, Erörterungen aus dem

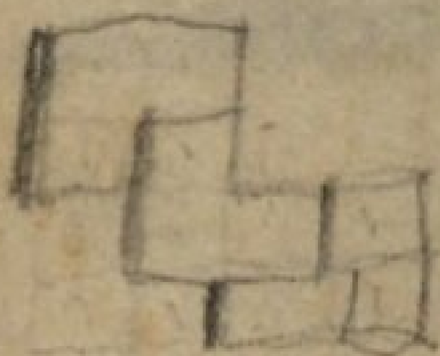
Obligationenheft. I. Heft. Braunschweig 1859. Vgl. Dworzak in Haimerl's Vierteljahrsschrift IV. S. 25. fg. des Literaturblatts.

Seite 416. Zeile 7. lies: auf eine andere Person übergehen,
„ 418. Anm. 3. a. E. Zimmermann in Linde's Ztschr. XV. S. 102. fg.
„ 421. „ 2. Die Ansicht von Musset ist neuerdings vertheidigt von Knorr im civ. Arch. XLII. 15.
„ 435. „ 1. Zeile 3. statt bonae lies bono
„ 443. „ 3. Vgl. Kniep, Einfluß der bedingten Novation auf die ursprüngliche Obligatio. Wismar 1860. (Pözl's Vierteljahrsschrift II. S. 242. fg.)
„ 447. „ 2. Heimbach im Rtslex. XII. S. 187—287.
„ 453. Zeile 25. statt accessionis lies accessiones
„ 455. „ 33. lies electio . . committenda
„ 459. Anm. Vgl. Bekker im Jahrb. des gem. Rts. IV. 14.
„ 465. „ 9. a. E. Vgl. Pözl's Vierteljahrsschrift I. S. 109. fg. Herold im Arch. f. prakt. Rtsw. VI. 19.
„ 470. „ 2. a. E. Emmerich in Linde's Ztschr. n. F. XVIII. 6.
„ 471. „ Zeile 3. lies occurrenti
„ 472. zu §. 289. vgl. überhaupt Goldschmidt in dessen Zeitschrift für Handelsrecht III. 3. 6.; zu Anm. 2. insbesondere Müller über die Haftpflicht u. s. w. 2. Aufl. 1857. Linde Ztschr. n. F. XVII. 6.; zu Anm. 3. Emmerich das. XVIII. 7.
„ 473. Anm. Vgl. Merkel im Rtslex. XI. S. 535. fg.
„ 475. zu §. 293. Bekker über die Haftpflicht des Mandanten für Aufträge, die dem Mandatar entstellt zugehen, im Jahrb. des gem. Rts. IV. 5.
„ 480. Anm. 4. a. E. Vgl. Fuchs, das Verhältniß der Ratihabition zur neg. gestio im Arch. f. prakt. Rtsw. VII. 13.
„ 481. „ Walther über Leichenbestattungskosten in Linde's Ztschr. n. F. XVII. 13.
„ 482. zu §. 300. Baares Geld Kaufgegenstand? Geyer in Linde's Ztschr. n. F. XV. S. 42. fg.
„ 485. Anm. 1. Unger über den Kauf auf Probe in der Ztschr. für Handelsrecht III. 6.
„ 488. „ 2. Heyer in Linde's Ztschr. n. F. XV. S. 1. fg.
„ 493. Zeile 18. statt argo lies agro
„ 504. Anm. 2. a. E. Ueber den Einfluß der Vergantung des Vermiethers auf die Miethe: Arndts in der östr. Gerichtszeitung 1858. Nr. 28. 29.
„ 504. „ 4. Vgl. Träger in Linde's Ztschr. XVIII. 3.
„ 506. „ 1. Zeile 4. lies necessitatem — Anm. 1. a. E. vgl. Emmerich in Linde's Ztschr. XVIII. 8.
„ 507. „ 2. Zeile 7. statt sub lies sua

Seite 520. Anm. 2. Zeile 4. lies Cicatricum — Gegen die gemeinrechtliche Geltung einer Schmerzengeldklage erklärt sich Seitz, Unters. über die heutige Schmerzengeldklage. Erlangen 1860.
„ 521. „ 1. Vgl. Hoffmann im Arch. f. prakt. Rtsw. VI. 3.
„ 522. „ 1. Zeile 4. lies offerri
„ 523. not. a. lies suggrundis
„ 526. Anm. 1. a. E. Vgl. Hallwachs, über die Zulässigkeit des int. quod vi aut clam bei Beschädigung von Wäldern und Fruchtbäumen, im Arch. f. prakt. Rtsw. VI. 10.
„ 529. „ 1. a. E. Vgl. Rudorff im Jahrb. d. gem. Rts. IV. 3. Schmidt das. IV. 7.
„ 530. „ 6. Ueber die Fassung der stip. ex o. n. n. Ubbelohde in Linde's Ztschr. n. F. XVIII. 4.
„ 534. §. 335. zu 3) vgl. Ubbelohde in Haimerl's Vierteljahrsschrift IV. 11.
„ 540. Anm. 4. a. E. Vgl. Pözl's Vierteljahrsschrift I. S. 115. fg.
„ 572. Zeile 3. statt nach lies noch
„ 577. Anm. 1. Dernburg, das Pfandrecht nach den Grundsätzen des h. R. R. I. Bd. Leipzig 1860.
„ 581. Zeile 16. statt vicini lies vicino
„ 597. Anm. 4. Vgl. Simon im civ. Arch. XLI. 2.
„ 604. „ 1. Ueber Regelsberger vgl. Fitting in Pözl's Vierteljahrsschrift I. S. 71. fg.
„ 614. Zeile 1. v. u. statt fundum lies fundo
„ 619. not. a. Zeile 5 statt jurisdictione lies jurisdictioni
„ 622. Zeile 27. statt 2) lies 3).
„ 632. Anm. 4. Dagegen Fitting im civ. Arch. XLII. 8. Nr. 2.
„ 643. Zeile 18. lies Papinianus
„ 644. zu not. c.: Digestorum de jure dotium, XXIII. 3. l. 56. §. 3. interpretationem proposuit Dr. M. S. Mayer. Tübingen 1859.
„ 642. Anm. 3. Auf den Fall einer Sponsio des Mannes für den Schuldner der Frau wird L. 23. D. h. t. bezogen von Schütze im Jahrb. des gem. Rts. III. S. 442. fg. Vgl. übrigens Schletter's Jahrb. V. S. 114. fg.
„ 642. „ 3. nro. b. statt L. 23. pr. eod. lies L. 33. pr. eod.
„ 659. zu §. 420. fg. vgl. Heimbach im Rtslex. XII. S. 1—96.
„ 664. Zeile 29. lies letzten.
„ 665. „ 13. lies Iustinianea
„ 665. „ 15. lies (sog.
„ 670. Anm. a. E. setze hinzu: III. 3. Dagegen Keller das. III. 6.
„ 671. „ 1. Ubbelohde, Gehören nothwendige Kleidungsstücke zum Peculium? in Linde's Ztschr. n. F. XVII. 9.
„ 672. Zeile 20. statt seine lies seiner
„ 677. „ 13. statt von lies vom
„ 683. Anm. 1. Heimbach im Rtslex. XIII. S. 327—964.

Seite 704. Anm. 1. Ueber die Nothwendigkeit der obervormundschaftlichen Genehmigung zu einer vom Vormund veranlaßten richterlichen Theilung, vgl. Arndts in der österr. Gerichtszeitung 1858. Nr. 147.
„ 705. Zeile 7. lies mehrere
„ 711. „ 6. 7. Das Erbrecht von Bering ist vollendet erschienen 1860.
„ 716. Anm. a. E. Hingst comm. de bonorum possessione. Amstelod. 1858. (Schletter's Jahrb. VI. S. 197.)
„ 719. „ 3. Hartmann z. Lehre von den Erbverträgen. Braunschweig. 1860.
„ 723. „ 4. Zeile nach positis setze hinzu vacantibus
„ 726. Zeile 2. v. u. statt quantum lies quantam
„ 741. §. 490. Ueber die Nothwendigkeit der unitas actus beim gerichtlichen Testament: Frank im Arch. f. prakt. Rtsw. VI. 17.
„ 743. Zeile 16. statt compulsas lies compulsus
„ 749. „ 7. v. u. statt sescunica lies sescuncia
„ 751. Anm. 2. Zeile 3. statt L. 53. §. 2. D. lies L. 53. §. 2. Cod. Zu bemerken ist dabei, daß L. 53. eine lex restituta ist.
„ 756. a. E. setze hinzu: Hüffer de substitutione quasi pupillari. Vratislav. 1853.
„ 757. a. E. Hartmann z. Lehre von den Erbverträgen und gemeinschaftlichen Testamenten. Braunschweig 1860. S. 87. fg.
„ 770. Anm. 5. Zeile 3. statt paterni lies paternis
„ 773. Zeile 3. lies: Theodosius
„ 776. „ 16. statt 12 lies 8.
„ 791. zu Anm. 2. a. vgl. Schmidt, das Prinzip der prätorischen Collation im Jahrb. d. gem. Rts. IV. 2.
„ 806. Zeile 5. statt petio lies petitio
„ 811. zu Anm. 2. a. vgl. Schütze im Jahrb. des gem. Rts. III. 20.
„ 820. Anm. 2. Zeile 9. 10. lies: impedietur legatum
„ 831. zu Anm. 2. vgl. Jacobi in Linde's Ztschr. n. F. XVII. 2.
„ 837. zu §. 569. 1. vgl. Fitting, wie werden vermachte eigene Sachen des Erblassers dem Vermächtnißnehmer erworben? im civ. Arch. XLII. 8. Nr. 2. Dernburg Pfandrecht S. 133. fg.
„ 843. Zeile 3. 4. lies: erforderlichen
„ 848. Anm. 4. a. E. Zur Lehre vom Schuldvermächtniß (insbesondere durch testamentarisches Schuldbekenntniß) Arndts in der österr. Gerichtszeitung 1859. Nr. 10—12.
„ 879. §. 603. Zeile 5. lies: Vermögens, vorzubeugen
„ 882. Zeile 10. v. u. lies: inofficiosae





Freundschaft
Verdammen
Sittung
Begeisterhen
Kr Kleiung
Früchte
Kundschaft
Mandel
Mischung
Breiung
Ordnung
Neuerung
Schreiung
Anlenz

Rei vindicatio Dig. Juli 1869.